



Daten im Konkurs – Vertragsforderungen an Daten und Verwertung

BRUNO PASQUIER*



AURÉLIEN PASQUIER**

Daten sind rechtlich schwer fassbare Erscheinungen, deren praktische Bedeutung aufgrund der Digitalisierung stark zugenommen hat. Dieser Artikel geht der aktuellen und kontrovers diskutierten Frage der konkursrechtlichen Erfassung von Daten auf den Grund. Er legt dar, dass Daten keine «digitalen Sachen» sind, wobei die auf Sachen zugeschnittenen Regeln teils auf Daten analog anwendbar sind. Der Aufsatz erörtert die Durchsetzung von vertraglichen Forderungen im Konkurs am Beispiel der Kaufforderungen an Daten und der Forderungen auf Rückgabe von in einer Cloud gespeicherten Daten. Sodann wird, ausgehend von der grundsätzlichen Verwertbarkeit von Daten, auf die Schranken der Verwertung eingegangen. In diesem Zusammenhang wird ein besonderes Augenmerk auf datenschutzrechtliche Schranken gerichtet. Der Aufsatz endet mit einer Zusammenfassung und einer Stellungnahme zu aktuellen Revisionsbestrebungen.

Les données sont des phénomènes difficiles à appréhender juridiquement et dont l'importance pratique s'est considérablement accrue du fait de la numérisation. Cet article examine la question actuelle et controversée du traitement des données par le droit de la faillite. Il soutient que les données ne sont pas des « choses numériques », mais que les règles portant sur les choses peuvent parfois s'appliquer aux données de manière analogue. L'article traite de l'exécution des créances contractuelles en cas de faillite avec les exemples des créances d'achat de données et des créances en restitution de données stockées dans un cloud. Ensuite, partant du principe que les données peuvent en principe être réalisées dans la faillite, les limites de la réalisation sont discutées. Dans ce contexte, une attention particulière est accordée aux limites de la protection des données. L'article se termine par un résumé et une prise de position sur les projets de révision en cours.

Inhaltsübersicht

- I. Das Problem
- II. Daten im Konkurs: Bedeutende Abgrenzungen und Kategorisierungen
 - A. Daten mit einem Wert
 - B. Mit einem physischen Datenträger untrennbar verbundene Daten
 - C. Personendaten
 1. Definition
 2. Keine klare Abgrenzung zwischen Personen- und Sachdaten
- III. Vertragsforderungen an Daten im Konkurs am Beispiel des Kaufs und der Speicherung in einer Cloud
 - A. Daten als «digitale Sachen»: Die Streitfrage und ihre Bedeutung
 - B. Kaufforderungen an Daten im Konkurs
 - C. Forderungen auf «Rückgabe» von in einer Cloud gespeicherten Daten
- IV. Verwertung von Daten im Konkurs
 - A. Der Grundsatz: Verwertbarkeit von Daten nach Art. 252 ff. SchKG
 - B. Probleme bei der Umsetzung von Verwertungsschranken an Daten
 - C. Schranken des Datenschutzes im Einzelnen
 1. Datenbearbeiter im Kontext der konkursrechtlichen Verwertung
 2. Relevante Regelwerke

3. Einzelne datenschutzrechtliche Schranken im Hinblick auf die Verwertung von Personendaten unter DSGVO bzw. E-DSG und DSGVO
4. Die zürcherische Praxis als Anwendungsfall der Verwertung von Personendaten im Konkurs
5. Konkurs des Auftragsbearbeiters als Spezialfall
6. Fazit
- V. Zusammenfassung und Stellungnahme zu aktuellen Revisionsbestrebungen
 - A. Zusammenfassung
 - B. Stellungnahme zu Revisionsbestrebungen

I. Das Problem

Thema dieses Aufsatzes ist die – mit besonderen Problemen verbundene – Erfassung von Daten im Konkurs. Nach der Definition des Dudens sind Daten «Angaben oder formulierbare Befunde», die auf «Beobachtungen, Messungen, statistischen Erhebungen» beruhen.¹ Nach dem damit zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Sprachgebrauch sind Daten im Alltag omnipräsent. Sowohl die menschliche Wahrnehmung der Farbe eines Gegenstands als auch die Messung der Temperatur durch ein Thermometer können Daten generieren. Wie diese Beispiele zeigen, haben viele Daten keine rechtliche Relevanz. Rechtliche Konsequenzen haben nur Daten, die bestimmte – rechtlich relevante – Eigenschaften auf-

* BRUNO PASQUIER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Hochschule für Wirtschaft Freiburg/Fachhochschule Westschweiz (HES-SO) sowie Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW).

** AURÉLIEN PASQUIER, MLaw, Rechtsanwalt, Loyens & Loeff Schweiz GmbH, Zürich.

¹ Internet: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Daten> (Abruf 1.11.2019).

weisen. Einleitend wird deshalb auf Dateneigenschaften eingegangen, die für die konkursrechtliche Erfassung entscheidend sind: der Wert (vgl. II.A.), die untrennbare Verbindung zu einem physischen Datenträger (II.B.) sowie der Bezug zu einer (natürlichen) Person (II.C.).

Anschliessend wird untersucht, ob und wie Vertragsforderungen an Daten im Konkurs durchsetzbar sind (III.). Der Artikel geht auf zwei in der Praxis oft vorkommende Fälle ein: Kaufforderungen an Daten (III.B.) und Forderungen auf «Rückgabe» von in einer *Cloud* gespeicherten Daten (III.C.). Problematisch ist ferner, dass die Möglichkeit der Verwertung solcher Daten im Konkurs nicht ausdrücklich geregelt ist (IV.). Der Aufsatz geht vom Grundsatz der Verwertbarkeit von Daten aus (IV.A.) und bespricht Probleme im Zusammenhang mit Verwertungsschranken (IV.B.). Er richtet diesbezüglich ein besonderes Augenmerk auf Schranken des Datenschutzes (IV.C.).

Die hohe praktische Relevanz der behandelten Thematik und die teils unbefriedigende Regelung *de lege lata* zeigt sich mit aktuellen Revisionsvorhaben. Im Jahr 2017 wurde eine parlamentarische Initiative von Marcel Dobler («Daten sind das höchste Gut privater Unternehmen. Datenherausgabe beim Konkurs von Providern regeln») eingereicht, der die Kommissionen für Rechtsfragen des Nationalrates und des Ständerates Folge gaben.² Gestützt auf diese Initiative steht in Art. 242b SchKG gemäss Entwurf zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (zit. E-SchKG) eine Änderung des geltenden Rechts zur Diskussion.³ Auf diese Revisionsbestrebungen wird im Fazit Stellung genommen (V.B.).

II. Daten im Konkurs: Bedeutende Abgrenzungen und Kategorisierungen

A. Daten mit einem Wert

Daten werden zuweilen als das Gold oder das neue Öl des digitalen Zeitalters bezeichnet. Einen erheblichen Wert können etwa die von grossen digitalen Unternehmen erarbeiteten Nutzerprofile haben, die namentlich eine Personalisierung von Werbung ermöglichen.⁴ Es ist daher offensichtlich, dass im Konkurs eines digitalen Unterneh-

mens die Gläubigergemeinschaft ein starkes Interesse daran haben kann, diese wertvollen Daten zu verwerten (Näheres dazu bei IV.). Demgegenüber fällt eine Verwertung ausser Betracht, wenn die Daten keinen Wert aufweisen.

B. Mit einem physischen Datenträger untrennbar verbundene Daten

Die praktische Bedeutung der Daten hat, wie angedeutet, im digitalen Zeitalter stark zugenommen. Juristen sind jedoch mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass Gesetzesordnungen oft keine ausdrücklichen Regeln in Bezug auf Daten enthalten, weshalb deren rechtliche Erfassung unklar oder umstritten ist (vgl. dazu III.A.). Das Problem der konkursrechtlichen Erfassung entschärft sich jedoch, wenn die Daten untrennbar von einem physischen Datenträger sind, an dem dingliche Rechte bestehen können. In diesem Fall teilen die Daten das rechtliche Schicksal des Datenträgers. Zur Veranschaulichung kann das Beispiel eines Buches genommen werden, das Daten enthält. Die Erfassung der Daten durch das Privatrecht oder das Zwangsvollstreckungsrecht ist weniger kompliziert, weil die Übertragung der Daten von der Eigentumsübertragung am Buch eingeschlossen ist (Näheres dazu bei III.A. und IV.).

C. Personendaten

1. Definition

Von Bedeutung im Zusammenhang mit dem vorliegenden Aufsatz ist die Bearbeitung von Personendaten, weil sie der Verwertung von Daten im Konkurs Schranken setzen kann (Näheres dazu bei IV.C.). Nach Art. 3 lit. a DSGVO sind Personendaten⁵ alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (sogenannte «betroffene Person»). In der Schweiz sind *de lege lata* Daten, die sich auf juristische Personen beziehen, ebenfalls erfasst

² Initiative Marcel Dobler, AB 2017 N 410.

³ Vgl. den Entwurf und die weitere Dokumentation im Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77252.html> (Abruf 27.11.2019) (Text in Vorabdruck, bevorstehende Publikation im Bundesblatt).

⁴ Vgl. FLORENT THOUVENIN, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017,

21 ff., 24; ROLF H. WEBER/SIMON HENSELER, Daten als Entgelt, SZW 2019, 335 ff., 336.

⁵ Die Begriffe der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (zit. DSGVO) weichen von denjenigen des DSGVO bzw. des Bundesgesetzes über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 7193 ff. (zit. E-DSG), zum Teil ab. Z.B. verwendet die DSGVO den Begriff «personenbezogene Daten» anstatt Personendaten. In diesem Beitrag wird zwecks Vereinfachung ausschliesslich die schweizerische Terminologie verwendet.

(vgl. Art. 3 lit. b DSGVO). In Anlehnung an das europäische Recht (vgl. Art. 4 Ziff. 1 DSGVO) wird jedoch *de lege ferenda* der Begriff der Personendaten ebenfalls auf natürliche Personen beschränkt sein (Art. 4 lit. a E-DSG). Nach der Rechtsprechung ist eine Person bestimmt, wenn sich aus der Information selbst ergibt, wen die Information betrifft. Bestimmbar ist die Person, wenn erst aufgrund zusätzlicher Informationen auf sie geschlossen werden kann. Dabei genügt jedoch nicht jede theoretische Möglichkeit der Identifizierung: Falls der Aufwand derart gross ist, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht mit einer Identifizierung zu rechnen ist, liegt keine Bestimmbarkeit vor.⁶ Unklar ist, *was* bestimmt oder bestimmbar sein muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, was unter «Identität» zu verstehen ist.⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung besteht die Identität einer Person in nichts anderem als in einer Kombination von Angaben, die diese Person mit Sicherheit von allen anderen Personen unterscheidet, wie dies beispielsweise ein Fingerabdruck oder die Iris eines Auges tun. Deshalb liegen Personendaten vor, wenn durch die Kombination von Angaben eine bestimmte Person zweifellos *ausgesondert* werden kann.⁸ Dabei ist nach der herrschenden Lehre keine neutrale Perspektive massgebend, sondern es ist nach dem sogenannten «relativen Ansatz» auf den Beurteilungshorizont des Betrachters abzustellen.⁹ Oftmals ist es dennoch schwierig zu bestimmen, ob ein Datensatz in der Tat so singulär ist, dass er sich mit Sicherheit nur auf eine bestimmte Person beziehen kann. Beispielsweise kann die Bildaufnahme einer Person zwar einmalig sein. Sie gilt aber nicht als Personendatum, wenn sie die Aussonderung der abgebildeten Person nicht ermöglicht, etwa weil ihr Gesicht verumumt ist. In einem solchen Fall liegen – aus der Sicht eines Beobachters, der die verumumte Person nicht identifizieren kann – keine Angaben vor, die nur einer bestimmten Person zugeordnet werden können; vielmehr können unterschiedliche Personen den auf dem Bild

erkennbaren Angaben entsprechen, etwa aufgrund ihrer Grösse, Gestalt oder Kleidung.¹⁰

2. Keine klare Abgrenzung zwischen Personen- und Sachdaten

Stellen Daten keine Personendaten dar, sind sie als «Sachdaten» zu qualifizieren und datenschutzrechtlich irrelevant. In der Praxis fällt es jedoch oftmals schwer, Personen- und Sachdaten klar zu trennen:

- Erstens ist der Begriff der Personendaten sehr breit (dazu II.C.1.). Ausserdem ist der Bezug zu einer Person manchmal schwierig zu erkennen oder nicht offensichtlich. Zudem enthalten Datensätze, die hauptsächlich Sachdaten beinhalten, oft ebenfalls «versteckte» Personendaten wie z.B. Kontaktdaten, Namen, Kürzel usw.
- Zweitens können Daten aufgrund des «relativen Ansatzes» (dazu II.C.1.) je nach Perspektive, Mittel, Interesse und Wissensstand des jeweiligen Datenbearbeiters Personendaten darstellen oder nicht. Im obigen Beispiel der verumumten Person (vgl. II.C.1.) kann der Bezug zu einer Person für einen bestimmten Beobachter möglich sein und für einen anderen nicht. Zudem kann die Aussonderung einer bestimmten Person aufgrund von gewissen Angaben durch die Verbesserung der technischen Mittel im Laufe der Zeit möglich werden, was wiederum einen Einfluss auf die Qualifizierung als Personen- oder Sachdaten hat. Mit anderen Worten lassen sich Informationen selten definitiv als Sachdaten qualifizieren.¹¹

III. Vertragsforderungen an Daten im Konkurs am Beispiel des Kaufs und der Speicherung in einer Cloud

A. Daten als «digitale Sachen»: Die Streitfrage und ihre Bedeutung

Wie einleitend (II.B.) angedeutet, sind gewisse Daten untrennbar mit einem physischen Datenträger verbunden. Bei solchen Daten ist die zivilrechtliche Erfassung wenig problematisch, folgen doch die Daten dem rechtlichen Schicksal der Sachen (z.B. eines Buchs), mit denen sie verbunden sind. Im Zentrum der rechtlichen Diskussion stehen jedoch Daten, die von einem physischen Datenträger trennbar sind, obwohl sie natürlich punktuell auf

⁶ Zum Ganzen vgl. BGE 136 II 508 E. 3.2. Vgl. EuGH, C-582/14, 19.10.2016, N 41 ff.

⁷ DAVID ROSENTHAL, Personendaten ohne Identifizierbarkeit?, *digma* 2017, 198 ff., 201 f.

⁸ A.M. ROSENTHAL (FN 7), 200.

⁹ Vgl. BGE 136 II 508 E. 3.2.; EuGH, C-582/14, 19.10.2016, N 38 ff.; ROSENTHAL (FN 7), 202. Es besteht jedoch Uneinigkeit, wer gemäss dem relativen Ansatz als Betrachter gilt (zur Übersicht THOMAS HERBST, Was sind personenbezogene Daten?, *NVwZ* 2016, 902 ff., 904; THOMAS PROBST, Die unbestimmte «Bestimmbarkeit» der von Daten betroffenen Person im Datenschutzrecht, *AJP* 2013, 1423 ff., 1431 f.). Unseres Erachtens soll die Perspektive des Datenbearbeiters (zum Begriff siehe IV.C.1.) einschlägig sein.

¹⁰ Vgl. ROSENTHAL (FN 7), 200.

¹¹ Vgl. THOUVENIN (FN 4), 22.

einem bestimmten physischen Datenträger (z.B. auf einem USB-Stick) gespeichert sind. Seit einiger Zeit wird von einer Minderheitsmeinung die Ansicht vertreten, dass Daten «digitale Sachen» seien, an denen folglich auch zivilrechtliches Eigentum bestehen könne.¹² Die herrschende Lehre verwirft diese Auffassung jedoch mit dem Argument, dass der Begriff der Sache nach traditioneller, herrschender Auffassung Körperlichkeit voraussetze.¹³ Nach unserer Auffassung ist dem insofern zuzustimmen, als Daten keine «digitalen Sachen» sind, an denen sämtliche Regeln des Sachenrechts unmittelbar Anwendung finden können. Dies lässt sich damit begründen, dass die aus dem Eigentum fließenden absoluten und umfassenden Herrschaftsrechte sich nicht auf Daten übertragen lassen. So kann etwa der Eigentümer mit seiner Sache machen, was er will, und andere von jeder Einwirkung ausschliessen. Demgegenüber ist ein eigentumsähnliches, absolutes Herrschaftsrecht aufgrund des nicht rivalisierenden Charakters der Daten (unbeschränkt viele können parallel Zugang zu denselben Daten haben) ausgeschlossen. Faktisch sind deshalb nur diejenigen Personen von der Nutzung ausgeschlossen, denen die Daten nicht bekannt sind.¹⁴ Wird etwa das Bankguthaben eines bestimmten Kunden veröffentlicht, kann die Kenntnisnahme durch andere als den Bankkunden nicht ausgeschlossen werden, weil Daten ihrer Natur nach – anders als körperliche Gegenstände – von unbeschränkt vielen genutzt werden können. Ein Rückgriff auf die sachenrechtliche *rei vindicatio* wäre in diesem Fall sinnwidrig.

Dem Gesagten zufolge kann das auf bewegliche Sachen anwendbare Zivilrecht oder Zwangsvollstreckungsrecht nicht unbenommen auf Daten angewendet werden. Vielmehr ist festzuhalten, dass im schweizerischen Recht ein Regelungsprogramm fehlt, das Rechte in Bezug auf Daten (wie die Berechtigung zur Übertragung, die Ausübung von Abwehrrechten oder die Zwangsvollstreckung) abschliessend normiert. Vielmehr finden sich nur vereinzelt Bestimmungen, die den Gebrauch und die Übertragung von bestimmten Arten von Daten re-

gulieren. In erster Linie ist an das Datenschutzrecht zu denken (vgl. dazu IV.C.). Ebenfalls kann das Recht des geistigen Eigentums den Handel über bestimmte Arten von Daten (z.B. Marken, Designs oder urheberrechtlich relevante Werke) schützen. Die Verwendung von Daten wird zudem durch Regelungen in anderen Gesetzen eingeschränkt, etwa durch Art. 162 und Art. 321 StGB, durch Art. 3 Abs. 1 lit. o und Art. 5 lit. c UWG oder durch Art. 45c FMG. Aufgrund der geringen Regelungsdichte des Gesetzesrechts im Bereich der zivilrechtlichen und zwangsvollstreckungsrechtlichen Erfassung von Daten kommt jedoch generell der gerichtlichen Lückenfüllung eine wichtige Bedeutung zu.

Obwohl Daten, wie angedeutet, keine «digitalen Sachen» sind, an denen ein zivilrechtliches Eigentumsrecht bestehen kann, kommt es oft vor, dass Verträge über die Übertragung oder Nutzung von Daten abgeschlossen werden. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit zwei Arten von Verträgen über Daten mit einer erheblichen praktischen Bedeutung: dem Kauf von Daten (III.B.) und dem Anvertrauen von Daten an einen *Cloud-Provider* (III.C.). Zunächst werden die Qualifizierung der Verträge und der Inhalt der Vertragspflichten der Vertragsparteien erläutert, dann wird auf die Frage der Durchsetzung dieser Pflichten im Konkurs eingegangen (IV.).

B. Kaufforderungen an Daten im Konkurs

Nach Lehre und Rechtsprechung können auch wirtschaftliche Vorteile oder Daten Gegenstand eines Kaufvertrags nach Art. 184 ff. OR sein.¹⁵ Dieses Verständnis ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 187 Abs. 1 OR, der den Kauf nicht auf bewegliche Sachen beschränkt: «Als Fahrnis-kauf ist jeder Kauf anzusehen, der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstande hat.» Während die Hauptleistungspflicht des Käufers bei beweglichen Sachen mit der Eigentumsübertragung erfüllt wird, stellt sich die Frage, wie der Verkäufer von Daten seine Pflicht zur Übertragung des Kaufgegenstandes zu erfüllen hat. Massgebend ist in diesem Zusammenhang in erster Linie die Vereinbarung der Parteien. Oft dürfte die Pflicht des Verkäufers darin liegen, dass er dem Käufer die Möglichkeit des Zu-

¹² Vgl. MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, 245 ff.

¹³ Vgl. statt vieler GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Eigentum an Daten?, Jusletter vom 6.3.2017, 5 (mit zahlreichen Hinweisen in Fn 22); ALAIN SCHMID/KIRSTEN JOHANNA SCHMIDT/HERBERT ZECH, Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, 627 ff., 638; Bericht des Bundesrates, «Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz: Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor», Bern 14.12.2018, Internet: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55150.pdf> (Abruf 1.11.2019) (zit. Bericht Bundesrat), 47 f. mit zahlreichen Verweisen auf die Literatur.

¹⁴ Vgl. statt vieler SCHMID/SCHMIDT/ZECH (FN 13), 628.

¹⁵ Vgl. etwa in Bezug auf den Kauf einer Kundenliste BGE 129 III 18 E. 2.2; YANIV BENHAMOU/LAURENT TRAN, Circulation des biens numériques: de la commercialisation à la portabilité, sic! 2016, 571 ff., 578; ECKERT (FN 12), 246; BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 12, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

gangs an die Daten verschafft. Denkbar sind jedoch auch bestimmte Modalitäten im Rahmen der Erfüllung des Kaufvertrags, wie die Übergabe eines bestimmten Datenträgers (z.B. USB-Sticks), der die Daten enthält.

Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse ist der Fall, in welchem der Konkursgläubiger eine noch nicht erfüllte Kaufforderung gegen den Schuldner hat. Hier stellen sich keine besonders problematischen Anwendungsfragen. Die Rechtslage gestaltet sich wie beim Kauf einer Sache. Klar ist zunächst, dass der Konkursgläubiger kein Aussonderungsrecht (Art. 242 SchKG) am Kaufobjekt hat. Vielmehr wird die Forderung des Käufers mit Konkursöffnung zu einer Konkursforderung, mithin wird sie in Geld umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG), fällig (Art. 208 SchKG) und unverzinslich (Art. 209 SchKG). Gegebenenfalls erhält der Käufer eine Konkursdividende ausbezahlt. Nach Art. 211 Abs. 2 SchKG kann die Konkursverwaltung in den Kaufvertrag eintreten, falls eine Erfüllung *in natura* in ihrem Interesse steht, z.B. weil die Daten schwer zu verwerten wären. In diesem Fall muss die Konkursmasse den Vertrag erfüllen, wie der Schuldner ihn erfüllt hätte. Sie ist somit verpflichtet, die Daten zu übermitteln.

C. Forderungen auf «Rückgabe» von in einer *Cloud* gespeicherten Daten

Cloud-Computing (auch schlicht *Cloud*, Rechnerwolke oder Datenwolke) umschreibt im vorliegenden Kontext den Vorgang, in welchem ein Dienstnehmer seine Daten auf den Servern eines *Cloud-Providers* abspeichern lässt.¹⁶ Der *Cloud-Vertrag* wird im Gesetz nicht geregelt und ist mithin ein Innominatvertrag, womit sich die Frage stellt, welche gesetzlichen Bestimmungen auf ihn anwendbar sind. Ein Teil der Lehre befürwortet eine Anwendung des Mietrechts, weil der *Cloud-Provider* Speicherplatz gegen eine Vergütung bereitstellt.¹⁷ Es könnte hinterfragt werden, ob zumindest beim *Public-Cloud-Computing* – wenn der *Cloud-Provider* Daten verschiedener Dienstnehmer

speichert¹⁸ – der Hinterlegungsvertrag noch besser geeignet wäre: Die sichere Aufbewahrung und die Rückgabe stehen im Vordergrund, nicht die Gebrauchsüberlassung eines ganz bestimmten Mietobjekts.¹⁹

Von Interesse im vorliegenden Zusammenhang ist der Fall, in welchem der Konkurs über den *Cloud-Provider* eröffnet wird und der Dienstnehmer seinen Anspruch auf «Rückgabe» der Daten, d.h. auf Übermittlung der beim *Cloud-Provider* gespeicherten Daten, durchsetzen will. Was die Erfassung dieses Anspruchs im Konkurs angeht, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

- Die Forderung auf «Rückgabe» der Daten wird entsprechend einem Teil der Lehre wie eine gewöhnliche Konkursforderung behandelt.²⁰ Falls die Daten einen Wert haben (vgl. II.A.), wird die Forderung auf «Rückgabe» nach Art. 211 Abs. 1 SchKG in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umgewandelt. Dem Dienstnehmer wird jedoch lediglich eine Konkursdividende ausbezahlt, die in der Regel nur einen kleinen Teil der Konkursforderung beträgt. Falls eine Erfüllung *in natura* – d.h. die Übermittlung der gespeicherten Daten – im Interesse der Masse steht, kann die Konkursmasse nach Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Vertrag eintreten.
- Es wird an der Forderung des Dienstnehmers ein Aussonderungsrecht angenommen, sodass die Daten dem Dienstnehmer übermittelt werden können.

Unseres Erachtens besteht bereits *de lege lata* (vgl. V.B. betreffend Revisionsvorhaben) ein konkursfester Herausgabeanspruch (Aussonderung), wenn die Daten bei einem Dritten (dem *Cloud-Provider*) ohne Ermächtigung zur Weiterveräußerung bloss gespeichert werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass Daten zwar nicht explizit in Art. 242 SchKG als aussonderungsfähige Werte aufgeführt werden, vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung jedoch auch nicht explizit ausgenommen

¹⁶ Ausführlich zum Cloud-Computing (mit der Darlegung verschiedener Dienstmodelle): PHILIPPE FUCHS, Cloud Computing – eine datenschutzrechtliche Betrachtung, Jusletter vom 6.6.2012, N 6 ff.; SYLVAIN MÉTILLE, L'utilisation de l'informatique en nuage par l'administration publique, AJP 2019, 609 ff., 609 f.; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/FLORENT THOUVENIN/BURKHARD STILLER, Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte, Zürich 2019, 3 ff.

¹⁷ Vgl. MÉTILLE (FN 16), AJP 2019, 620; ROLF H. WEBER, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. A., Zürich 2010, 377.

¹⁸ Vgl. dazu FUCHS (FN 16), N 8.

¹⁹ Zur Abgrenzung der Miete vom Hinterlegungsvertrag vgl. statt vieler BSK OR I-WEBER (FN 15), Vorbemerkungen zu Art. 253–273c N 4.

²⁰ ERIC NEUENSCHWANDER, Cloud Computing eine aktuelle Betrachtung, Jusletter vom 1.6.2015, N 23 f.; DAVID SCHWANINGER/STEPHANIE S. LATTMANN, Cloud Computing: Ausgewählte rechtliche Probleme in der Wolke, Jusletter vom 11.3.2013, N 54 ff. Aus einer Antwort vom 12. November 2014 zur parlamentarischen Anfrage 14.1064 folgt, dass nach Ansicht des Bundesrats im Falle des Konkurses eines *Cloud-Providers* kein Anspruch des Dienstnehmers auf Aussonderung aus der Konkursmasse besteht, weil Aussonderungsrechte nur auf Sachen anwendbar sind (Internet: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20141064 [Abruf 1.1.2019]).

sind. Ein Blick auf die Gesetzesmaterialien zeigt – was aufgrund der tiefen praktischen Bedeutung der Daten am Ende des 19. Jahrhunderts naheliegend ist –, dass die Aussonderung von Daten nicht zur Diskussion stand. Bei der Möglichkeit der Aussonderung von Daten liegt eine Lücke vor, die in erster Linie durch analoge Anwendung des Gesetzesrechts gefüllt werden muss. Im Auge zu haben ist dabei erstens, dass die Möglichkeit zur Aussonderung nicht auf Sachen im Eigentum des Konkursgläubigers beschränkt wird (vgl. etwa Art. 401 Abs. 2 und Abs. 3 OR, Art. 201 bis Art. 203 SchKG).²¹ Voraussetzung ist jeweils, dass die auszusondernde Sache oder Forderung nur einem ganz bestimmten Berechtigten zugeordnet werden kann. Falls eine solche individuelle Zuordnung nicht möglich ist, ist nicht einzusehen, weshalb ein Gläubiger besser gestellt als die anderen sein sollte und die Aussonderung bestimmter Vermögenswerte der Konkursmasse beanspruchen könnte. Demgegenüber können etwa Sachen, die der Beauftragte «in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat», ausgesondert werden. Nach Lehre und Rechtsprechung kann bei genügender Individualisierung sogar Geld ausgesondert werden.²² Dass auch gespeicherte Daten ganz klar einem bestimmten Dienstnehmer zugeordnet werden können, spricht deshalb für die Möglichkeit zur Aussonderung. Ferner ist in Betracht zu ziehen, dass ein Dienstnehmer bei der Speicherung in einer *Cloud* Interessen verfolgt, die mit denjenigen des Hinterlegers oder des Mieters eines Lagerungsraums vergleichbar sind, der seine Sachen im Konkurs aussondern kann. Der Dienstnehmer will – etwa weil die eigene Speicherkapazität zu klein oder seine Informatikinfrastruktur nicht genügend sicher ist – seine Daten bei einem Dritten speichern lassen, ohne jedoch diesen Dritten zur Nutzung oder zur Weiterveräußerung zu ermächtigen. Es scheint uns zweifelhaft, weshalb in einer vergleichbaren Situation dem Dienstnehmer die Möglichkeit aberkannt werden sollte, die Daten auszusondern. Ihm kein Aussonderungsrecht zuzugestehen, würde mit dem Postulat der Technologieneutralität in Konflikt stehen.²³ Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass

unseres Erachtens bereits *de lege lata* eine Aussonderung möglich ist, wenn der Dienstnehmer Daten bei einem *Cloud-Provider* speichern lässt, ohne ihm die Ermächtigung zur Weiterveräußerung zu gewähren.

IV. Verwertung von Daten im Konkurs

A. Der Grundsatz: Verwertbarkeit von Daten nach Art. 252 ff. SchKG

Nachfolgend wird aufgezeigt, dass alle Arten von Daten mit einem Wert «zur Konkursmasse gehörende Vermögenswerte» im Sinne von Art. 256 Abs. 1 SchKG sind, die im Konkurs grundsätzlich verwertet werden müssen. Vorweg ist jedoch auf die folgenden Sonderfälle hinzuweisen. Sind die Daten untrennbar mit einem physischen Datenträger verbunden (vgl. dazu II.B.), etwa der Text in einem bestimmten Buch, folgen die Daten dem konkursrechtlichen Schicksal des Datenträgers. Im genannten Fall wird die Sache (das Buch) nach Art. 252 ff. SchKG verwertet, was auch eine Verwertung der darin enthaltenen Daten (des Textes) impliziert. Wenig problematisch ist ferner die Verwertung von Daten, die durch ein Immaterialgüterrecht geschützt sind.²⁴

Im Konkurs zu verwerten sind, wie angedeutet, Vermögenswerte, die zur Konkursmasse gehören. Darunter zu verstehen ist das pfändbare Vermögen im Sinne des Art. 92 SchKG, das, «gleichviel wo es sich befindet», dem Schuldner «zur Zeit der Konkurseröffnung gehört» (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Nach der Literatur können die verschiedensten Arten von geldwerten Gütern verwertet werden, deren Pfändbarkeit oder Übertragbarkeit nicht gesetzlich ausgeschlossen ist.²⁵ Dieses breite Verständnis verdient Zustimmung. Der Konkurs ist von der Idee geprägt, dass der Schuldner mit seinem gesamten pfändbaren Vermögen haftet. Soweit Werte des Schuldners gegen einen Erlös verwertet werden können, müssen sie der Befriedigung der Gläubiger dienen.

Die Möglichkeit der Verwertung von Daten wurde im Zusammenhang mit Kryptowährungen (Informationseinheiten auf der Blockchain mit einem teils hohen Wert) in der juristischen Literatur thematisiert. Die herrschende

²¹ Vgl. die Auflistung der Aussonderungsgründe bei KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 40 N 27 ff. und N 31 ff.

²² Vgl. statt vieler BGE 127 III 273 E. 3; WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 394–406 OR, Bern 1992, Art. 401 OR N 106 ff.

²³ Stark digitalisierte Unternehmen liefern Gefahr, im Konkurs von *Cloud-Providern* sämtliche Daten zu verlieren. Traditionelle Unternehmen, die Sachen bei einem Dritten lagern, kommen im Konkurs des Vermieters bzw. des Aufbewahrschadlos aus.

²⁴ Für die Marken vgl. etwa BGE 131 III 237 E. 2.3.2, für Patente vgl. CHRISTOPH MUTTI, Patente im Konkursverfahren – einige praktische Hinweise, BLSchK 2008, 121 ff.

²⁵ Vgl. dazu SÉBASTIEN GOBAT, Les monnaies virtuelles à l'épreuve de la LP, AJP 2016, 1095 ff., 1100 f.; BSK SchKG II-HUNKELER/HANDSCHIN, Art. 197 N 7, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2016.

Lehre vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass Kryptowährungen im Konkurs verwertet werden können.²⁶ Bemerkenswert ist auch ein Merkblatt des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich, aus dem hervorgeht, dass Kundendaten in den Schranken des einschlägigen Datenschutzes verwertet werden müssen (Näheres dazu bei IV.C.4.).²⁷

Diese Auffassung verdient Zustimmung und trifft – unabhängig davon, ob Sach- oder Personendaten in Frage stehen – auf andere verwertbare Daten zu, z.B. Fabrikationsgeheimnisse, Kundenlisten, wertvolle Statistiken oder Algorithmen. Wie bereits ausgeführt, können Daten einen Geldwert aufweisen und veräussert werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Gläubiger des Konkursiten auf den Erlös, der durch ihre Veräusserung erzielt werden kann, verzichten müssten. In der Regel dürften dabei die Verwertungsmodi der öffentlichen Versteigerung oder des Freihandverkaufs geeignet sein.²⁸ Allenfalls kann bei Mitwirkung der Aufsichtsbehörde in sinngemässer Anwendung des Art. 132 SchKG ein besonderes Verwertungsverfahren angeordnet werden.²⁹ Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die Konkursverwaltung, welche die Interessen der Gläubigergesamtheit zu wahren hat, verpflichtet ist, Daten mit einem Wert zu verwerten.

Es kann jedoch sein, dass Verwertungsschranken an den Inhalt der Daten anknüpfen. So verhält es sich bei den in IV.C. näher behandelten Schranken des Datenschutzes. Vom Schutzbereich erfasst sind die Daten allerdings aufgrund ihres Personenbezugs, unabhängig von der Frage, ob sie mit einem physischen Datenträger verbunden sind oder nicht oder ob sie als Immaterialgut übertragen werden können.

B. Probleme bei der Umsetzung von Verwertungsschranken an Daten

Die nachfolgend umschriebene Problematik wird zunächst mit einem Vergleich zu Sachen und Forderungen

veranschaulicht. Die Möglichkeiten und Schranken der Verwertung sind aus den nachfolgenden Gründen weniger problematisch als bei Daten. Aufgrund des rivalisierenden Charakters von Forderungen und Sachen folgt zunächst, dass das Eigentums- oder Forderungsrecht nur von einer bestimmten Person oder einer bestimmten Personenmehrheit (Mehrheit von Gläubigern, Mit- oder Gesamteigentum) ausgeübt werden kann. Ferner fliesst aus der Idee, wonach grundsätzlich niemand mehr Rechte ausüben kann, als er selbst hat (vgl. aber den Gutgläubensschutz gemäss Art. 933 ZGB und Art. 167 OR), dass nur der Eigentümer und nur der Gläubiger das Eigentums- oder Forderungsrecht auf einen Dritten übertragen können. Freilich mag es umstritten sein, wer in einem konkreten Fall Inhaber des Eigentums- und des Forderungsrechts ist. Der Streit über ein besseres Recht an der Sache kann jedoch im Aussonderungs- oder Admassierungsprozess (Art. 242 SchKG) entschieden werden, während Forderungsrechte im sogenannten Prätendentenstreit zu bereinigen sind.³⁰

Die Ausgangslage stellt sich ganz anders in Bezug auf Daten dar. Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Verwertungsschranken kommen auf zwei Ebenen zum Vorschein:

- Erstens fehlen, anders als bei Sachen und Forderungen, umfassende Regeln zur Frage, ob Daten übertragen werden *dürfen*. Schranken finden sich vor allem im Datenschutzrecht (eingehend bei IV.C.), im Recht des geistigen Eigentums, im Wettbewerbsrecht sowie in strafrechtlichen Vorschriften zum Schutz des Fabrikations- oder Berufsgeheimnisses.³¹ Eine schuldrechtlich begründete Schranke ist zudem in der folgenden Konstellation zu erblicken: Überträgt eine Person Daten auf seinen Vertragspartner mit dem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Verbot der Veräusserung an einen Dritten, liegt im Übertretungsfall eine Vertragsverletzung vor. Eine solche Vertragsverletzung dürfte z.B. vorliegen, wenn der *Cloud-Provider* (vgl. dazu III.C.) ohne Ermächtigung die in seiner *Cloud* für einen Dienstnehmer gespeicherten Daten an einen Dritten veräussert (vgl. die Situation im Konkurs eines Auftragsbearbeiters bei IV.C.5.).
- Zweitens *können* Daten unabhängig von Übertragungsschranken übertragen werden. Daten sind keine

²⁶ BENJAMIN V. ENZ, Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, Zürich 2019, N 497 ff.; GOBAT (FN 25), AJP 2016, 1100 ff. Auch so: Bericht Bundesrat (FN 13), 69 ff. mit zahlreichen Verweisen auf die Literatur.

²⁷ Merkblatt des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich vom November 2017 «Kundendaten im Konkursverfahren», Internet: https://www.zh.ch/dam/dsb/themen/gemeinden/betreibungen/Kundendaten_im_Konkursverfahren.pdf.spooler.download.1327329415746.pdf/Kundendaten_im_Konkursverfahren.pdf (Abruf 1.11.2019) (zit. Merkblatt DSB Kundendaten).

²⁸ Vgl. dazu im Zusammenhang mit Kryptowährungen GOBAT (FN 25), AJP 2016, 1104 f.

²⁹ Vgl. eingehend dazu ENZ (FN 26), N 489 ff.

³⁰ Grundlegend: BGE 90 III 90 E. 1.

³¹ Zu den Übertragungsschranken vgl. BENHAMOU/TRAN (FN 15), 579 ff. Vgl. eingehend zur Frage, ob Anwälte das Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) verletzen, wenn sie Kundendaten an *Cloud-Providers* übertragen: SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER (FN 16), 15 ff.

Rechte, weshalb die Übermittlung mit der Verschaffung des Zugangs vollzogen wird, unabhängig von einem gesetzlichen oder vertraglichen Übertragungsverbot. Hinzu kommt, dass der Zugang zu Daten – anders als die Nutzung von Sachen und Forderungen – von unbeschränkt vielen Personen wahrgenommen werden kann (und mithin nicht rivalisierend ist). Die Übertragung wird somit faktisch nicht dadurch eingeschränkt, dass gleichzeitig nur eine einzige Person Zugang zu den Daten haben kann. Im vorliegenden Zusammenhang hat das Gesagte zur Folge, dass die zuständigen konkursrechtlichen Organe (vgl. Art. 256 SchKG) Daten verwerten *können*, obwohl die genannten Daten nicht verwertet werden *dürfen*. Im Übertretungsfall kommen die aus dem betroffenen Verwertungsverbot fließenden Sanktionen in Betracht, die verschiedener Natur sein können: Z.B. könnte eine Vertragsverletzung Schadenersatzansprüche zur Folge haben, während bei einer Verletzung des Art. 162 StGB mit einer strafrechtlichen Sanktion zu rechnen wäre. Bei widerrechtlichem Verhalten von Konkursorganen kommt eine Staatshaftung nach Art. 5 SchKG in Betracht.

Zusammengefasst liegt eine erste Schwierigkeit also darin, dass umfassende Regeln über Verwertungsschranken an Daten fehlen. Noch problematischer: In Bezug auf Daten werden die Organe im Konkursverfahren – in erster Linie die Konkursverwaltung (Art. 256 SchKG) – in eine Situation versetzt, die bei Sachen und Forderungen grundsätzlich nicht vorkommt. Sie können, um den Erlös der Aktiven der Konkursmasse zu vermehren, Daten verwerten, selbst wenn ein Verwertungsverbot vorliegt. In diesem Zusammenhang mag es offensichtlich sein, dass bei mit strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen versehenen Verwertungsverboten die Organe von einer Verwertung absehen werden, zumal ein solcher Verstoß Widerrechtlichkeit und eine Staatshaftung begründen könnte (Art. 5 SchKG). Weniger eindeutig ist jedoch, ob vertraglich begründete Verwertungsverbote im Konkurs zu beachten sind. Es stellt sich z.B. die Frage, ob im Konkurs eines *Cloud-Providers* Daten verwertet werden sollten, obwohl der Dienstnehmer vertraglich eine Weiterveräußerung dieser Daten (ausdrücklich oder stillschweigend) ausgeschlossen hat. Unseres Erachtens gibt es *de lege lata* keine rechtlichen Anreize gegen eine Verwertung. Insbesondere würde eine Staatshaftung wohl daran scheitern, dass die Verletzung eines Vertrags des Schuldners noch keine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 5 SchKG begründet. Der Dienstnehmer wäre auf die Anmeldung seiner Schadenersatzforderung als Konkursforderung angewiesen, die nur quotenmässig als

Konkursdividende ausbezahlt wird. Diese Ausgangslage scheint uns jedoch unbefriedigend, weil Daten ohne triftigen Grund nicht demselben Schutz wie Sachen oder Forderungen verlieht werden.

De lege ferenda scheint uns eine Regel wünschenswert, wonach Daten im Konkurs nicht verwertet werden dürfen, wenn das Gesetz eine Verwertung verbietet oder wenn der Übermittler vertraglich die Verwertung ausgeschlossen hat. Dabei ist noch einmal zu betonen: Trotz diesen Verboten *können* die konkursrechtlichen Organe die Daten übertragen, weil die Datenübertragung bereits mit der Verschaffung des Zugangs – und nicht mit der gültigen Übertragung eines Rechts – vollzogen wird. Eine entsprechende Vorschrift würde jedoch erstens Klarheit darüber schaffen, dass die konkursrechtlichen Organe Daten nicht verwerten sollten, wenn der Berechtigte dieses Recht vertraglich ausgeschlossen hat. Sie würde zudem eine Grundlage für die Begründung von Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung (Art. 5 SchKG) schaffen.

Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass aufgrund des nicht rivalisierenden Charakters von Daten eine Aussonderung und eine Verwertung parallel in Betracht kommen. Es kann jedoch damit gerechnet werden, dass der Wert der Daten abnimmt, wenn diese an mehrere Personen übertragen werden.³²

C. Schranken des Datenschutzes im Einzelnen

Wie oben ausgeführt (IV.B.), enthält das Datenschutzrecht Regelungen, die einer Verwertung von Daten im Weg stehen können. In den letzten Jahren zeichnete sich die Tendenz in Richtung einer Verschärfung des Datenschutzrechts ab. Im europäischen Wirtschaftsraum (EWR) gilt seit 2018 die DSGVO.³³ Dieses Regelwerk hat für die Bearbeitung von Personendaten strengere Vorschriften eingeführt. Die Schweiz ist im Zugzwang, da sie ihren Datenschutz revidieren muss, um einen freien Datenverkehr mit der EU zu gewährleisten (vgl. Art. 45 Abs. 1 DSGVO). Auf Bundesebene ist eine Totalrevision des DSG im Gang. Der E-DSG wurde am 15. September

³² Vgl. dazu ROLF H. WEBER/CHRISTIAN LAUX/DOMINIC OERTLY, Datenpolitik als Rechtsthema – Agenda für Open Government Data, Zürich 2016, 16.

³³ Die DSGVO ist in den EU-Mitgliedstaaten seit dem 25. Mai 2018 verbindlich und unmittelbar anwendbar (vgl. Art. 99 Abs. 2 DSGVO). Die EWR-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen haben sie am 6. Juli 2018 übernommen (siehe Beschluss des gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 154/2018 vom 6. Juli 2018).

2017 veröffentlicht und lehnt sich an das europäische Datenschutzrecht an, obwohl seine Bestimmungen oftmals nicht ganz so einschneidend sind wie diejenigen der DSGVO.³⁴ Er wird derzeit im Parlament beraten.³⁵ Auch auf kantonaler Ebene steht die Verschärfung von Datenschutzerlassen zur Diskussion.³⁶ Als Konsequenz daraus und vor dem Hintergrund der immer bedeutsameren Kommerzialisierung von Daten (vgl. II.A.) wächst das Spannungsverhältnis zwischen den Zielen des Datenschutzrechts (Schutz von Personendaten) und denjenigen des Konkursrechts (Maximierung des Erlöses bei der Verwertung von Aktiven der Konkursmasse).

Um die Schranken zu bestimmen, die sich aus der Anwendung datenschutzrechtlicher Bestimmungen im Kontext einer konkursrechtlichen Verwertung ergeben, sind nachfolgend zunächst die möglichen Datenbearbeiter zu identifizieren (IV.C.1.). Sodann wird dargelegt, dass je nach Datenbearbeiter und Eigenschaften der Datenbearbeitung unterschiedliche Regelwerke anwendbar sind (IV.C.2.). Ferner wird geprüft, welche einzelnen Schranken für den Schuldner und den Erwerber von Aktiven der Masse vorliegen (IV.C.3.), und am Beispiel der zürcherischen Praxis gezeigt, dass die Verwertung von Personendaten durch Konkursverwaltungen unter gewissen Voraussetzungen möglich ist (IV.C.4.). Schliesslich wird der Konkurs eines Auftragsbearbeiters als Spezialfall behandelt (IV.C.5.) und das Fazit gezogen (IV.C.6.).

1. Datenbearbeiter im Kontext der konkursrechtlichen Verwertung

Das Datenschutzrecht regelt, in welchem Rahmen Personendaten (zum Begriff siehe II.C.) bearbeitet werden dürfen. Personen oder Entitäten, welche Personendaten bearbeiten³⁷, sind als «Datenbearbeiter» zu bezeichnen. Das Datenschutzrecht kennt zwei Arten von Datenbearbeitern:

den (Mit-)Verantwortlichen und den Auftragsbearbeiter.³⁸ Der Verantwortliche entscheidet (allein oder gemeinsam mit anderen) über «Mittel und Zweck» der Bearbeitung (vgl. Art. 3 lit. i DSGVO³⁹ bzw. Art. 4 lit. i E-DSG und Art. 4 Ziff. 7 DSGVO), während der Auftragsbearbeiter Personendaten «im Auftrag» des Verantwortlichen bearbeitet (vgl. Art. 4 lit. j E-DSG und Art. 4 Ziff. 8 DSGVO).⁴⁰ Zu betonen ist, dass einzelne (natürliche) Personen, die unter der Aufsicht eines Verantwortlichen oder Auftragsbearbeiters mit Personendaten handeln (z.B. Mitarbeiter), grundsätzlich nicht selbst als Verantwortliche oder Auftragsbearbeiter gelten (vgl. Art. 29 DSGVO).⁴¹ Ihre Handlungen werden dem Verantwortlichen bzw. Auftragsbearbeiter zugerechnet, es sei denn, sie handeln dermassen weisungswidrig, dass sie selbst «Mittel und Zweck» der Bearbeitung bestimmen und als Verantwortliche zu bezeichnen sind.⁴²

Im Kontext der Verwertung von Aktiven der Masse sind drei Datenbearbeiter relevant. Zuerst der Schuldner, der bis zur Konkurseröffnung als Verantwortlicher oder Auftragsbearbeiter (vgl. IV.C.5. betreffend den Konkurs des Auftragsbearbeiters als Spezialfall) zu qualifizieren ist und nach Massgabe von Art. 197 ff. SchKG die Personendaten, die mit seinem Vermögen verbunden sind, der Konkursverwaltung zwecks Verwertung der Aktiven bekanntgeben muss.⁴³ Dann die Konkursverwaltung, die als «ausführendes Organ» im Konkursverfahren (vgl.

³⁴ Für eine Übersicht siehe LUKAS BÜHLMANN/HATUN METIN, Totalrevision des Schweizer Datenschutzgesetzes vor dem Hintergrund der DSGVO, ZD 2019, 356 ff., 357 ff.

³⁵ Vgl. Geschäft des Bundesrates 17.059, Datenschutzgesetz – Totalrevision und Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Internet: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20170059> (Abruf 1.1.2019). Im Folgenden wird von der Annahme ausgegangen, dass der Entwurf ohne bedeutende Änderung in Kraft treten wird, und auf die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs (E-DSG) verwiesen.

³⁶ Vgl. BEAT RUDIN, Datenschutzreform in der Schweiz, digma 2018, 194 ff., 198 ff.

³⁷ Das «Bearbeiten» von Personendaten ist ein extrem breiter Begriff und umfasst jeden Umgang mit Personendaten, z.B. das Beschaffen, Verwenden, Bekanntgeben oder Vernichten von Personendaten (vgl. Art. 3 lit. e DSGVO bzw. Art. 4 lit. d E-DSG und Art. 4 Ziff. 2 DSGVO).

³⁸ Vgl. DAVID VASELLA, Auftragsbearbeitung im Privatbereich, digma 2019, 110 ff., 110.

³⁹ Terminologisch verwendet das DSG den Begriff «Inhaber der Datensammlung». Dieser bezieht sich auf eine Datensammlung und nicht – wie derjenige des Verantwortlichen – auf einen Bearbeitungsvorgang. Deshalb sind die beiden Begriffe nicht ganz deckungsgleich. Nichtsdestotrotz hat in den letzten Jahren die schweizerische Praxis das europäische Begriffskonzept übernommen, weshalb dieses *de facto* bereits heute in der Schweiz gilt. Vgl. zum Ganzen DAVID ROSENTHAL, Controller oder Processor: Die datenschutzrechtliche Gretchenfrage, Jusletter vom 17.6.2019, N 10.

⁴⁰ *Cloud-Providers* (vgl. III.C.) sind regelmässig als Auftragsbearbeiter zu betrachten. Vgl. Eidgenössischer Datenschutz und Öffentlichkeitsbeauftragter, Erläuterungen zu Cloud Computing, Internet: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/Internet_und_Computer/cloud-computing/erlaeuterungen-zu-cloud-computing.html (Abruf 1.1.2019); FUCHS (FN 16), N 13; SCHWANINGER/LATTMANN (FN 20), N 10.

⁴¹ Vgl. VASELLA (FN 38), 110.

⁴² Vgl. zum Ganzen ALEXANDER JUNG/GUIDO HANSCH, Die Verantwortlichkeit in der DSGVO und ihre praktischen Auswirkungen, ZD 2019, 143 ff., 146; ROSENTHAL (FN 39), N 104 ff.

⁴³ Da dem Schuldner ab der Konkurseröffnung die Befugnis entzogen wird, über sein dem Konkursbeschlagnahmefähiges Vermögen zu verfügen (vgl. Art. 204 Abs. 1 SchKG), ist er unseres Erachtens in Bezug auf Bearbeitungen von Personendaten, welche in Zusammenhang mit der *Durchführung der Verwertung* erfolgen, weder

Art. 240 ff. SchKG)⁴⁴ als Verantwortlicher zu bezeichnen ist, und schliesslich der Erwerber der Aktiven, der – mangels Weisungen eines Dritten – ebenfalls als Verantwortlicher zu betrachten ist.

2. Relevante Regelwerke

a. DSG bzw. E-DSG

Das DSG (bzw. der E-DSG) ist sachlich anwendbar, wenn Personendaten durch private Personen oder Bundesorgane⁴⁵ bearbeitet werden (Art. 2 Abs. 1 DSG bzw. Art. 2 Abs. 1 E-DSG). Das DSG und der E-DSG enthalten keine Bestimmung zur räumlichen Anwendbarkeit. Für privatrechtliche Vorschriften ergibt sich diese – beim Vorliegen eines internationalen Sachverhalts – aus Art. 139 Abs. 3 IPRG i. V. m. Art. 139 Abs. 1 IPRG, wobei ein Wahlrecht zu Gunsten der betroffenen Person besteht. Die Bestimmungen des DSG bzw. E-DSG im Hinblick auf die Verwertung der Masse sind sowohl für den Schuldner als auch für den Erwerber (angenommen, dieser ist eine in der Schweiz ansässige Person) massgebend, da sie private Personen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 DSG bzw. Art. 2 Abs. 1 E-DSG sind.⁴⁶ Hingegen ist dieser Erlass für Konkursverwaltungen nicht relevant (siehe IV.C.2.b.).

b. Kantonale Erlasse

Kantonale Datenschutzgesetze kommen zum Zuge, wenn die Bearbeitung im Rahmen der öffentlichen kantonalen Tätigkeit erfolgt, da diese vom DSG bzw. E-DSG nicht erfasst ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSG e contrario bzw. Art. 2 Abs. 1 E-DSG e contrario).⁴⁷ Die Beurteilung, ob eidgen-

nössisches oder kantonales Recht anzuwenden ist, fällt nicht immer leicht. Die Abgrenzung ist in doppelter Weise vorzunehmen:

- Zunächst muss durch eine gesamte Betrachtung geprüft werden, ob es sich beim Datenbearbeiter um eine private oder öffentliche Person handelt, wobei nicht die Organisationsform des Datenbearbeiters, sondern die Natur des zugrunde liegenden Verhältnisses massgebend ist. Ist das Verhältnis zwischen dem Datenbearbeiter und der betroffenen Person öffentlich-rechtlicher Natur – z.B., wenn öffentliche Organe zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben Personendaten bearbeiten –, gilt der Datenbearbeiter als öffentliche Person.⁴⁸
- Falls es sich beim Datenbearbeiter um eine öffentliche Person handelt, ist sodann abzuklären, ob diese als Organ des Bundes oder eines Kantons handelt. Entscheidend ist dabei, ob der Datenbearbeiter mit einer öffentlichen Aufgabe des Bundes oder eines Kantons (bzw. einer Gemeinde) betraut ist, wobei er gegebenenfalls auch als kantonales Organ zu betrachten ist, wenn er Bundesrecht vollzieht.⁴⁹

Im Konkurs ist für die Konkursverwaltung das jeweils geltende kantonale Gesetz massgebend, weil sie einerseits – ungeachtet, ob es sich um das Konkursamt oder um eine ausseramtliche Konkursverwaltung handelt – öffentlich-rechtliche Funktionen ausübt⁵⁰ und andererseits mit einer Aufgabe betraut ist, die den Kantonen obliegt (obwohl sie Bundesrecht vollzieht)⁵¹.

Zu beachten ist, dass kantonale und kommunale Behörden aufgrund des Legalitätsprinzips nur Personendaten bearbeiten dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist (vgl. z.B. § 8 IDG/ZH; Art. 5 Abs. 1 KDSG/BE; Art. 4 DSchG/FR).⁵² Im Übrigen wird nachfolgend auf die weiteren Anforderungen des kantonalen Daten-

unter dem DSG bzw. E-DSG noch unter der DSGVO als Datenbearbeiter zu betrachten.

⁴⁴ AMONN/WALTHER (FN 21), § 45 N 19; vgl. auch BGer, 6B_557/2010, 9.3.2011, E. 6.3.2.

⁴⁵ Die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane ist für den vorliegenden Beitrag nicht relevant und wird im Folgenden deshalb nicht thematisiert.

⁴⁶ Der Ausnahmetatbestand von Art. 2 Abs. 2 lit. d DSG bzw. Art. 2 Abs. 3 E-DSG ist nicht anwendbar. Zwar erwähnt die Botschaft das SchKG als eine der massgebenden «bundesrechtlichen Verfahrensordnungen» im Sinne von Art. 2 Abs. 3 E-DSG. Die Bestimmung setzt aber ein «Verfahren» voraus, was unseres Erachtens bei der Bekanntgabe von Personendaten im Hinblick auf die Verwertung nicht erfüllt ist (vgl. zum Ganzen Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff. [zit. Botschaft Datenschutz], 7013 f.). Anders verhält es sich etwa im Falle eines Aussonderungs- oder Admassierungsprozesses (Art. 242 SchKG) oder einer Kollokationsklage (Art. 250 SchKG).

⁴⁷ Ist kantonales Datenschutzrecht anwendbar, kommen nach Massgabe von Art. 37 DSG die einschlägigen Bestimmungen des DSG dennoch subsidiär zum Zuge, falls die Bearbeitung im Rahmen des

Vollzugs von Bundesrecht erfolgt und keine kantonalen Datenschutzvorschriften vorhanden sind, die einen angemessenen Schutz gewährleisten. Diese Bestimmung wurde übrigens im E-DSG nicht übernommen. Gemäss der Botschaft ist sie überflüssig, da sämtliche Kantone über Gesetze mit einem angemessenen Datenschutzniveau verfügen (Botschaft Datenschutz [FN 46], 7105).

⁴⁸ Vgl. zum Ganzen BGE 122 I 153 E. 2c; BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), SHK DSG, Bern 2015 (zit. SHK DSG-Verfasser), Art. 2 N 16 f.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen SHK DSG-RUDIN (FN 48), Art. 2 N 18.

⁵⁰ Vgl. AMONN/WALTHER (FN 21), § 45 N 19 m.w.H. Vgl. auch BGE 106 III 79 E. 4.

⁵¹ Vgl. AMONN/WALTHER (FN 21), § 4 N 10. Ebenso SCHWANINGER/LATTMANN (FN 20), N 59.

⁵² Somit gilt das bei IV.C.3.a. dargestellte Prinzip des «opt-out» nicht, wenn kantonale Erlasse anwendbar sind. Das Legalitätsprinzip ist ausserdem auch für die Bearbeitung von Personendaten durch Bun-

schutzrechts, die von Kanton zu Kanton unterschiedlich sind, nicht näher eingegangen. Es wird sich jedoch am Beispiel der zürcherischen Praxis zeigen (IV.C.4.), dass die Verwertung von Personendaten durch die Konkursverwaltung durchaus durchführbar ist.

c. DSGVO

Die DSGVO ist sachlich anwendbar, wenn die Bearbeitung von Personendaten ganz oder teilweise automatisiert erfolgt oder wenn diese in einem Dateisystem gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Im Gegensatz zum DSG bzw. E-DSG gilt die DSGVO grundsätzlich für alle Datenbearbeiter, unabhängig davon, ob es sich um private Personen oder (nationale bzw. regionale) Behörden handelt.⁵³ Räumlich kann sie nach Massgabe des Niederlassungs- und Marktortprinzips (vgl. Art. 3 Abs. 1 f. DSGVO) auch in der Schweiz anwendbar sein.

In Zusammenhang mit der Verwertung von Aktiven der Masse können Bearbeitungen durch den Schuldner und den Erwerber gegebenenfalls den Bestimmungen der DSGVO unterstehen. Die Anwendung der DSGVO fällt zwar nicht prinzipiell bei ausländischen Behörden ausser Betracht. Im Hinblick auf die Bearbeitung der in der Masse enthaltenen Personendaten scheint aber die DSGVO nicht relevant zu sein, da schweizerische Konkursverwaltungen weder eine Niederlassung im EWR haben (vgl. Art. 3 Abs. 1 DSGVO) noch dort das Verhalten betroffener Personen beobachten oder ihnen Waren oder Dienstleistungen anbieten (vgl. Art. 3 Abs. 2 DSGVO).⁵⁴

3. Einzelne datenschutzrechtliche Schranken im Hinblick auf die Verwertung von Personendaten unter DSG bzw. E-DSG und DSGVO

a. Erfordernis einer Rechtsgrundlage?

Das DSG bzw. der E-DSG einerseits und die DSGVO andererseits verfolgen ein anderes Grundkonzept bei der Frage, ob Personendaten grundsätzlich «frei» bearbeitet werden können oder ob Bearbeitungen nur gestützt auf eine besondere Rechtsgrundlage erfolgen dürfen.⁵⁵

Im DSG bzw. E-DSG gilt im Hinblick auf die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen das Prinzip des «opt-out». Das genannte Prinzip besagt, dass die Bearbeitung von Personendaten grundsätzlich erlaubt ist. Unzulässig sind bloss Bearbeitungen, welche die Persönlichkeit der betroffenen Personen widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG bzw. Art. 26 Abs. 1 E-DSG).⁵⁶ Eine *Persönlichkeitsverletzung* liegt vor, wenn die Bearbeitung eine Beeinträchtigung von einer gewissen Intensität verursacht. Mit anderen Worten muss eine bestimmte Person über das Mindestmass betroffen sein, welches zum Funktionieren des sozialen Lebens hinzunehmen ist, wobei das Gesetz exemplarisch drei Konstellationen auflistet, in welchen eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt: wenn die Bearbeitung gegen die Grundsätze des Gesetzes verstösst (Art. 12 Abs. 1 lit. a DSG bzw. Art. 26 Abs. 2 lit. a E-DSG), wenn Personendaten entgegen der ausdrücklichen Willenserklärung der betroffenen Person (sogenanntes «Widerspruchsrecht», dazu IV.C.3.d.) bearbeitet werden (Art. 12 Abs. 1 lit. b DSG bzw. Art. 26 Abs. 2 lit. b E-DSG) oder wenn Dritten besonders schützenswerte Personendaten – sogenannte «sensible Daten», z.B. Daten über ethnische Herkunft, politische Meinungen oder religiöse Überzeugungen (Art. 3 lit. c DSG bzw. Art. 4 lit. c E-DSG) – bekanntgegeben werden (Art. 12 Abs. 1 lit. c DSG bzw. Art. 26 Abs. 2 lit. c E-DSG).⁵⁷ Dennoch ist nicht jede persönlichkeitsverletzende Bearbeitung von Personendaten per se *widerrechtlich*.⁵⁸ Vielmehr sind Bearbeitungen zulässig, die zwar die Persönlichkeit der betroffenen Personen verletzen, aber durch die Einwilligung der betroffenen Person, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt sind (sogenannte «Rechtfertigungsgründe», vgl. Art. 13 Abs. 1 DSG bzw. Art. 27 Abs. 1 E-DSG).

Der Ansatz der DSGVO ist demgegenüber weniger liberal: die Bearbeitung von Personendaten ist nur erlaubt, wenn sie sich auf eine der sechs in Art. 6 Abs. 1 lit. a bis f DSGVO genannten Rechtsgrundlagen stützt: (1) Einwilligung der betroffenen Person, (2) Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person oder Durchführung vorvertraglicher Massnahmen auf ihre Anfrage, (3) Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung gemäss EU-Recht oder dem nationalen Recht eines EWR-Mitgliedstaates⁵⁹,

desorgane massgebend (Art. 17 Abs. 1 DSG bzw. Art. 30 Abs. 1 E-DSG).

⁵³ Siehe aber die Ausnahmen von Art. 2 Abs. 2 f. DSGVO.

⁵⁴ Die DSGVO könnte höchstens zur Anwendung kommen, falls die Konkursverwaltung Aktiven der Masse im EWR anbietet. Diesfalls wäre jedoch der relevante Bearbeitungsvorgang nicht die Bearbeitung der in der Masse enthaltenen Personendaten, sondern die Bearbeitung der Personendaten der (potenziellen) Erwerber der Masse.

⁵⁵ Vgl. BÜHLMANN/METIN (FN 34), 357 f.

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen DAVID ROSENTHAL, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter vom 27.11.2017, N 11.

⁵⁷ Vgl. zum Ganzen SHK DSG-WERMELINGER (FN 48), Art. 12 N 2.

⁵⁸ Vgl. BGE 136 II 508 E. 5.2.4.

⁵⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO i. V. m. Art. 6 Abs. 3 DSGVO. Eine Pflicht gemäss schweizerischem Recht zählt somit nicht als «rechtliche Verpflichtung» im Sinne dieser Bestimmung.

(4) Schutz lebenswichtiger Interessen, (5) Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse bzw. in Ausübung öffentlicher Gewalt oder (6) überwiegende Interessen des Verantwortlichen oder Dritter. Ausserdem ist die Bearbeitung sogenannter «sensibler Daten» nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich untersagt.

Die Konsequenz des «schweizerischen Ansatzes» ist, dass der Schuldner und der Erwerber, die dem DSG bzw. E-DSG unterstehen (vgl. IV.C.2.a.), Personendaten im Hinblick auf die Verwertung grundsätzlich frei bearbeiten können. Nur falls eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt – beispielsweise bei einer unzulässigen Zweckänderung (IV.C.3.b.) –, muss ein Rechtfertigungsgrund vorhanden sein.⁶⁰ Die Situation des Schuldners ist diesbezüglich besonders günstig, da die Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse über sein Vermögen Ausfluss zwingender Vorschriften des SchKG (vgl. Art. 197 ff. SchKG) ist und die entsprechende Bekanntgabe der Personendaten (vgl. IV.C.1.) daher im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG bzw. Art. 27 Abs. 1 E-DSG gerechtfertigt ist.

Anders verhält es sich bei Bearbeitungen, die auch in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen (vgl. IV.C.2.c.). In einem solchen Fall dürfen Schuldner und Erwerber Personendaten nur bearbeiten, wenn sie sich auf eine Rechtsgrundlage gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO stützen können. Da schweizerisches Recht von Art. 6 lit. c DSGVO (Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung) nicht erfasst ist, kann sich der Schuldner nicht auf Art. 197 ff. SchKG stützen. Sowohl bei ihm als auch beim Erwerber kommen nur die Einwilligung der betroffenen Personen (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder ein überwiegendes Interesse des Verantwortlichen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO) in Frage. Da die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann (Art. 7 Abs. 3 DSGVO), ist ihnen grundsätzlich zu empfehlen, sich wenn möglich auf die Rechtsgrundlage des überwiegenden Interesses zu berufen.⁶¹ Bei der Interessenabwägung kann der Schuldner insbesondere geltend machen, dass das Interesse an der Einhaltung zwingender (ausländischer) Rechtsvorschriften überwiegt.⁶² Der Er-

werber wird hingegen – jedenfalls bei einer kommerziellen Nutzung der Personendaten⁶³ – grosse Schwierigkeiten haben, ein überwiegendes Interesse aufzuzeigen. Stützen sich der Schuldner und der Erwerber auf die Rechtsgrundlage des überwiegenden Interesses, gehen sie allerdings das Risiko ein, dass sie im Falle eines Widerspruchs die Personendaten nicht mehr bearbeiten dürfen (IV.C.3.d.). Falls es sich bei den Personendaten um sensible Daten handelt, können sie sich zudem nur auf die Einwilligung der betroffenen Person als Ausnahme zum Bearbeitungsverbot berufen (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO), da überwiegende Interessen nicht als Ausnahmegrund in Art. 9 Abs. 2 DSGVO aufgeführt werden und schweizerisches Recht als Ausnahme nach Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO (erhebliches öffentliches Interesse auf der Grundlage des EU-Rechts oder des Rechts eines EWR-Mitgliedstaates) nicht taugt. Im Ergebnis dürfen der Schuldner und der Erwerber Personendaten *de facto* nicht ohne die Einwilligung bzw. nur bei fehlendem Widerspruch der betroffenen Personen bearbeiten. Im Hinblick auf die Bekanntgabe von Personendaten durch den Schuldner an die Konkursmasse ist diese Rechtslage nicht befriedigend, da die Bekanntgabe nach schweizerischem Recht unabhängig von einer Einwilligung bzw. einem fehlenden Widerspruch der betroffenen Personen vorgeschrieben wird (vgl. Art. 197 ff. SchKG). Das europäische Datenschutzrecht tritt somit in Konflikt mit schweizerischem Konkursrecht.

b. Zweckbindung

Das in Art. 4 Abs. 3 DSG bzw. Art. 5 Abs. 3 E-DSG verankerte Prinzip der Zweckbindung legt fest, dass Personendaten nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft und im Nachhinein nur im Einklang mit diesem Zweck bearbeitet werden dürfen. Verstösst eine Bearbeitung gegen dieses Prinzip, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor (vgl. Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG bzw. Art. 26 Abs. 2 lit. a E-DSG). Diese ist widerrechtlich, wenn sie sich nicht auf einen der im Gesetz erwähnten Rechtfertigungsgründe stützt (Näheres dazu bei IV.C.3.a.). Das Prinzip der Zweckbindung ist in der DSGVO ebenfalls massgeblich (Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO). Eine Zweckänderung ist jedoch zulässig, falls sie auf der Einwilligung der betroffenen Person, auf EU-Recht oder auf dem Recht eines EWR-Mitgliedstaates beruht (ausdrücklich EG 50 Abs. 2 Satz 1 DSGVO; vgl. auch Art. 6 Abs. 4 DSGVO). Sie ist zudem erlaubt, wenn der neue Zweck mit dem ursprünglichen vereinbar ist (vgl. EG 50 Satz 1 DSGVO), d.h., wenn eine inhaltliche

⁶⁰ Vgl. WEBER/HENSELER (FN 4), 335, betreffend die Situation im Falle der Nutzung von Personendaten als Entgelt gegen eine Dienstleistung.

⁶¹ Da die (gültige) Einholung einer Einwilligung zudem mit verschiedenen Schwierigkeiten verbunden ist, wird in der Praxis oft davon abgeraten, sich auf diese Rechtsgrundlage zu stützen. Ausführlich PHILIP UECKER, Die Einwilligung im Datenschutzrecht und ihre Alternativen, ZD 2019, 248 ff.

⁶² Vgl. BÜHLMANN/METIN (FN 34), 358. Freilich besteht noch keine Praxis bezüglich der Frage, wie die Einhaltung ausländischer Gesetzesbestimmungen zu gewichten ist.

⁶³ Vgl. WEBER/HENSELER (FN 4), 335.

Nähe zwischen beiden Zwecken vorhanden ist.⁶⁴ Ob eine solche vorliegt, wird mittels eines sogenannten «Kompatibilitätstests» ermittelt. Dabei sind unter anderem die Verbindung zwischen den beiden Zwecken, der Kontext, in welchem die Personendaten erhoben worden sind, die Art der Personendaten (insbesondere sind Zweckänderungen bezüglich sensibler Daten nur mit grosser Zurückhaltung vorzunehmen), die möglichen Folgen der Zweckänderung für die betroffenen Personen und das Vorhandensein geeigneter Garantien zu berücksichtigen (vgl. Art. 6 Abs. 4 lit. a bis e DSGVO). Zu erwähnen ist schliesslich, dass sowohl unter dem E-DSG als auch unter der DSGVO eine Zweckänderung mit Informationspflichten verbunden sein kann (Näheres dazu bei IV.C.3.c.).

Das Prinzip der Zweckbindung ist für den Schuldner relevant, da die Bekanntgabe der Personendaten zwecks Verwertung eine Zweckänderung darstellt⁶⁵ und daher eine persönlichkeitsverletzende Bearbeitung nach Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG bzw. Art. 26 Abs. 2 lit. a E-DSG vorliegt. Da diese aber durch Gesetz gerechtfertigt ist (vgl. Art. 197 ff. SchKG), ist sie gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG bzw. Art. 27 Abs. 1 E-DSG nicht widerrechtlich (vgl. IV.C.3.a.). Die Frage nach einer eventuellen Pflicht zur Nachinformation (vgl. IV.C.3.c.) erübrigt sich ebenfalls, weil die Ausnahme von Art. 18 Abs. 1 lit. b E-DSG gegeben ist.

Anders verhält es sich, wenn die Bestimmungen der DSGVO anwendbar sind: Da schweizerisches Recht nicht für eine zulässige Zweckänderung im Sinne von Art. 6 Abs. 4 DSGVO taugt, muss der Schuldner entweder die Einwilligung der betroffenen Personen einholen – was nicht praktikabel ist, da die Bestimmungen von Art. 197 ff. SchKG zwingendes Recht darstellen – oder einen Kompatibilitätstest hinsichtlich der Zweckänderung durchführen. Das Resultat eines solchen Tests dürfte allerdings selten positiv ausfallen, da der neue Zweck – Bearbeitung zwecks Verwertung – wohl nur dann mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar ist, wenn dieser eine kommerzielle Verwertung der Personendaten vorsah.⁶⁶ Zudem sind die betroffenen Personen in jedem Fall über die Zweckänderung zu informieren (Art. 13 Abs. 3

DSGVO), was die Ausübung des Widerspruchsrechts auslösen und mithin die Bearbeitung verhindern kann (vgl. IV.C.3.d.). Wie beim Erfordernis der Rechtsgrundlage (vgl. IV.C.3.a.) ist diese Rechtslage nicht befriedigend, da sie mit zwingendem schweizerischem Recht (vgl. Art. 197 ff. SchKG) in Konflikt tritt. Als Notlösung gibt es für den Schuldner immerhin die Möglichkeit, die in Frage stehenden Personendaten unter Beachtung der einschlägigen Vorschriften (insbesondere der Informationspflicht, vgl. IV.C.3.c.) «erneut» zu erheben und die Verwertung der Personendaten so als «ursprünglichen» Zweck zu bestimmen,⁶⁷ wobei das Risiko des Widerspruchs betroffener Personen (IV.C.3.d.) nach wie vor besteht.

c. (Nach-)Informationspflicht

Die Informationspflicht des Verantwortlichen ist nur eine indirekte Schranke des Datenschutzes, da sie nicht unmittelbar verhindert, dass Personendaten bearbeitet werden. Sie stellt aber einen Aufwand für den Verantwortlichen dar und kann zur Ausübung des Widerspruchsrechts (vgl. IV.C.3.d.) führen. In der Schweiz muss der Verantwortliche *de lege ferenda* nach Art. 17 Abs. 1 E-DSG⁶⁸ die betroffenen Personen über die Beschaffung von Personendaten informieren und ihnen diejenigen Informationen mitteilen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte geltend machen können und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist.⁶⁹ Wenn die Personendaten nicht bei den betroffenen Personen selbst beschafft werden, müssen diese innert Monatsfrist informiert werden (Art. 17 Abs. 5 E-DSG). Unklar ist, ob die Information nur bei der Beschaffung von Personendaten zu liefern ist oder ob eine Pflicht zur Nachinformation besteht, wenn sich die Angaben nachträglich ändern.⁷⁰ Zudem ist es umstritten, ob der Verantwortliche die betroffenen Personen aktiv informieren muss, wenn er die Personendaten nicht bei ihnen erhebt.⁷¹ Die Informationspflicht wird durch Ausnahmen und Einschränkungen in Art. 18 E-DSG begrenzt.

⁶⁴ TOBIAS HERBST, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/BDSG Kommentar, 2. A., München 2018 (zit. DSGVO/BDSG Kommentar-Verfasser), Art. 5 DSGVO N 24.

⁶⁵ Hingegen ist es für den Erwerber nicht von Belang, da es sich bei diesem um eine «Erstbeschaffung» von Personendaten handelt. Dieser muss die betroffenen Personen jedoch über den Bearbeitungszweck informieren (dazu IV.C.3.c.).

⁶⁶ Vgl. ALEXANDER ROSSNAGEL, in: Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, Baden-Baden 2019 (zit. Datenschutz Kommentar-Verfasser), Art. 6 Abs. 4 DSGVO N 38.

⁶⁷ Vgl. DSGVO/BDSG Kommentar-HERBST (FN 64), Art. 5 DSGVO N 47.

⁶⁸ *De lege lata* besteht in der Schweiz eine solche Informationspflicht nur in Zusammenhang mit besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (Art. 14 DSG). Die genaue Ausgestaltung der Informationspflicht *de lege ferenda* ist noch Gegenstand der parlamentarischen Beratungen.

⁶⁹ Der Mindestinhalt der Information ist in Art. 17 Abs. 2 bis 4 E-DSG festgehalten. Der betroffenen Person müssen insbesondere die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen sowie der Bearbeitungszweck mitgeteilt werden (Art. 17 Abs. 2 lit. a f. E-DSG).

⁷⁰ Gegen eine Pflicht zur Nachinformation ROSENTHAL (FN 56), N 95.

⁷¹ Nach Ansicht des Bundesrats muss der Verantwortliche sicherstellen, dass die betroffenen Personen die Information tatsächlich zur Kenntnis nehmen können, nicht aber, dass sie sich wirklich

Wie der E-DSG sieht die DSGVO eine Informationspflicht des Verantwortlichen vor (Art. 13 f. DSGVO). Der Informationskatalog ist dabei etwas breiter als derjenige des E-DSG und erfasst z.B. auch die Rechtsgrundlage für die Bearbeitung (Art. 13 Abs. 1 lit. c und Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO)⁷², die Aufbewahrungsdauer der Personendaten (Art. 13 Abs. 2 lit. a und Art. 14 Abs. 2 lit. a DSGVO) und die Rechte der betroffenen Personen (Art. 13 Abs. 2 lit. b f. und Art. 14 Abs. 2 lit. c ff. DSGVO). Zudem sind bei einer Zweckänderung die betroffenen Personen vorgängig zu informieren (Art. 13 Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 und EG 61 Satz 3 DSGVO).⁷³ Das gilt auch, wenn der Verantwortliche beabsichtigt, die Personendaten an einen Dritten zu übermitteln, der die Personendaten zu einem anderen Zweck bearbeiten soll.⁷⁴ Unabhängig davon, ob die Personendaten direkt bei ihr erhoben werden oder nicht, muss die betroffene Person stets aktiv aufgeklärt werden, z.B. durch Verweis auf eine Datenschutzerklärung.⁷⁵ Im Übrigen sind die in Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 5 DSGVO festgelegten Ausnahmen weniger breit formuliert als diejenigen von Art. 18 E-DSG. Hingegen können die EWR-Staaten nach Massgabe von Art. 23 DSGVO zusätzliche Ausnahmen vorsehen.

Unabhängig davon, ob nach schweizerischem Recht *de lege ferenda* eine Nachinformationspflicht des Schuldners zu bejahen sein wird, wird dieser aufgrund der Ausnahme von Art. 18 Abs. 1 lit. b E-DSG (Bearbeitung ge-

setzlich vorgesehen) i. V. m. Art. 197 ff. SchKG auf eine Nachinformation verzichten können. Bei Anwendbarkeit der DSGVO besteht demgegenüber keine solche Ausnahme und den Schuldner trifft mindestens hinsichtlich der Zweckänderung eine Nachinformationspflicht (Art. 13 Abs. 3 DSGVO). Demgegenüber muss der Erwerber seiner Informationspflicht sowohl nach schweizerischem als auch nach europäischem Recht grundsätzlich nachkommen. Je nach Konstellation ist es allerdings denkbar, dass er davon absehen darf, wenn die Information sich als unmöglich erweist oder einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde (vgl. Art. 18 Abs. 2 E-DSG bzw. Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO).

d. Widerspruchsrecht der betroffenen Personen

Nach Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG bzw. Art. 26 Abs. 2 lit. b E-DSG kann jede betroffene Person einen Widerspruch gegen die Bearbeitung ihrer Personendaten einlegen. Bearbeitet der Datenbearbeiter die in Frage stehenden Personendaten weiter, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor. Sie ist widerrechtlich, falls kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG bzw. Art. 27 Abs. 1 E-DSG vorliegt (dazu IV.C.3.a.). Art. 21 Abs. 1 DSGVO sieht ebenfalls ein Widerspruchsrecht vor, falls die Bearbeitung auf der Rechtsgrundlage der Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse bzw. in Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO) oder des überwiegenden Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO) beruht (vgl. IV.C.3.a.). Diesfalls muss der Bearbeiter gemäss Verordnungstext die Bearbeitung einstellen, es sei denn, er kann schutzwürdige und überwiegende Interessen nachweisen oder die Bearbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.

Ist schweizerisches Bundesrecht anwendbar und legt eine betroffene Person Widerspruch gegen die Bearbeitung ein, darf der Schuldner die Personendaten trotzdem der Konkursmasse bekanntgeben, da die Bekanntgabe durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 197 ff. SchKG). Der Erwerber verfügt nicht über diese Möglichkeit: Liegt ein Widerspruch vor, darf er fortan die betroffenen Personendaten nur dann bearbeiten, wenn er sich auf ein überwiegendes Interesse stützen kann (vgl. IV.C.3.a.).⁷⁶ Ein

informieren. Werden Personendaten bei einer betroffenen Person beschafft, sei es deshalb genügend, wenn eine allgemeine Information zur Verfügung gestellt sei, z.B. auf der Website des Verantwortlichen. Demgegenüber sei eine betroffene Person aktiv zu informieren, wenn die Personendaten nicht bei ihr beschafft werden (zum Ganzen Botschaft Datenschutz [FN 46], 7050 f.). Dieser Ansatz ist zwar rechtlich nachvollziehbar aber kaum praktikabel: Im Alltag erhält jeder eine Vielzahl von Personendaten, die nicht direkt bei der betroffenen Person beschafft werden (z.B. weitergeleitete E-Mails oder Dokumente, die Personendaten enthalten), wobei es gesellschaftsfremd wäre, die betroffenen Personen jeweils darüber zu informieren (vgl. DAVID ROSENTHAL [FN 56], N 98 f.). Unseres Erachtens ist aus diesem Grund der Ausnahmekatalog von Art. 18 E-DSG breit auszulegen (insbesondere die Ausnahmen der Unmöglichkeit und des unverhältnismässigen Aufwands nach Art. 18 Abs. 2 E-DSG).

⁷² Aufgrund des Prinzips des «opt-out» (vgl. IV.C.3.a.) entfällt eine entsprechende Informationspflicht gemäss DSG bzw. E-DSG.

⁷³ Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Änderung betreffend die Rechtsgrundlage (vgl. IV.C.3.a.) von der Pflicht zur Nachinformation ebenfalls erfasst ist. Vgl. dazu DSGVO/BDSG Kommentar-BÄCKER (FN 64), Art. 13 DSGVO N 72 m.w.N.

⁷⁴ DSGVO/BDSG Kommentar-BÄCKER (FN 64), Art. 13 DSGVO N 73.

⁷⁵ DSGVO/BDSG Kommentar-BÄCKER (FN 64), Art. 13 DSGVO N 59 und Art. 14 DSGVO N 41.

⁷⁶ Im Falle eines Widerspruchs kommt die Einwilligung der betroffenen Person als Rechtfertigungsgrund naturgemäss nicht in Frage (vgl. DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 [zit. HK DSG-Verfasser], Art. 12 N 42).

solches wird – wenigstens für kommerzielle Zwecke⁷⁷ – selten vorliegen.

Im Anwendungsbereich der DSGVO werden der Schuldner und der Erwerber hingegen gleich behandelt: Beide können sich nur auf die Rechtsgrundlage des überwiegenden Interesses oder der Einwilligung stützen, da Art. 197 ff. SchKG nicht als rechtliche Verpflichtung des Schuldners taugen (Näheres dazu bei IV.C.3.a.). Beruht die Bearbeitung auf der Einwilligung, sieht das Gesetz zwar kein Widerspruchsrecht vor (vgl. Art. 21 Abs. 1 DSGVO). Gleichwohl kann die Einwilligung jederzeit widerrufen werden (vgl. Art. 7 Abs. 3 DSGVO), was im Ergebnis einem Widerspruch gleichkommt.⁷⁸ Wenn ein überwiegendes Interesse als Rechtsgrundlage dient, dürfen der Schuldner und der Erwerber im Falle eines Widerspruchs die Bearbeitung der Personendaten nur ganz ausnahmsweise fortsetzen (siehe oben). Zusammengefasst sind sowohl der Schuldner als auch der Erwerber – da ihnen keine andere Rechtsgrundlage als die Einwilligung und das überwiegende Interesse zur Verfügung stehen – darauf angewiesen, dass die betroffenen Personen die Bearbeitung dulden, indem sie keinen Widerspruch einlegen bzw. ihre Einwilligung nicht widerrufen.

4. Die zürcherische Praxis als Anwendungsfall der Verwertung von Personendaten im Konkurs

Wie bereits dargetan (IV.C.2.b.), muss sich die Bearbeitung durch eine Behörde auf eine gesetzliche Grundlage stützen. In diesem Zusammenhang hat der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich – wie erwähnt (IV.A.) – ein Merkblatt über die Verwertung von Kundendaten veröffentlicht.⁷⁹ Gemäss diesem Merkblatt sind Bearbeitungen nur zulässig, wenn sie nach § 8 Abs. 1 IDG/ZH zur Erfüllung einer gesetzlich umschriebenen Aufgabe geeignet und erforderlich sind. Zudem könne eine Bekanntgabe von Personendaten nur erfolgen, wenn das öffentliche Organ im Sinne von § 16 Abs. 1 lit. a IDG/ZH durch eine rechtliche Bestimmung oder die Einwilligung der betroffenen Person dazu ermächtigt sei und eine Interessenabwägung nach § 23 IDG/ZH ergebe, dass keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen

im Weg stehen. Da die konkursamtliche Verwertung von Kundendaten zu den Aufgaben der Konkursverwaltung im Sinne von Art. 252 ff. SchKG gehöre, sei ihre Bearbeitung und Bekanntgabe unter Vorbehalt des Resultats der Interessenabwägung grundsätzlich zulässig. Bei dieser Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, ob das ursprüngliche Vertragsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Kunden von einem «besonderen Vertrauensverhältnis» geprägt worden sei. Bei einem «unqualifizierten Vertragsverhältnis» – etwa zwischen einem Versandhaus und seiner Kundschaft – sei eine Bekanntgabe ohne Zustimmung des Kunden möglich, wohingegen bei einem «qualifizierten Vertragsverhältnis» – beispielsweise zwischen einem Arzt und seinem Patienten – die Zustimmung der betroffenen Person notwendig sei.⁸⁰ Bei der Form der Zustimmung sei weiter zu differenzieren, ob «heikle Daten» bekanntgegeben werden oder nicht. Sei dies der Fall – z.B. bei Gesundheitsdaten oder wenn besondere Geheimhaltungspflichten betroffen sind –, müsse eine ausdrückliche vorgängige Zustimmung eingeholt werden. Andernfalls – beispielsweise bei Bankbeziehungen – sei eine Anzeige mit einer angemessenen Widerspruchsfrist genügend.⁸¹ Das dargestellte Vorgehen ist unseres Erachtens verallgemeinerbar und kann deshalb auch auf andere Personendaten als Kundendaten – z.B. Personendaten, die ein Dienstleistungsnehmer einem *Cloud-Provider* anvertraut hat (vgl. III.C.)⁸² – angewendet werden. Obwohl die rechtliche Lage in anderen Kantonen im Einzelfall zu prüfen ist, zeigt die zürcherische Praxis jedenfalls, dass eine Verwertung von Personendaten durch Konkursverwaltungen dem Grundsatz nach möglich ist. Das Gesagte gilt aber nur, falls die Personendaten Aktivposten der Masse bilden. Andernfalls kann sich die Bekanntgabe nicht auf

⁷⁷ Vgl. HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI (FN 76), Art. 12 N 36.

⁷⁸ Im Falle eines Widerrufs der Einwilligung ist die Bearbeitung nur noch rechtmässig, falls eine andere Rechtsgrundlage ersatzweise eingreift (Datenschutzrecht Kommentar-KLEMENT [FN 66], Art. 7 DSGVO N 85).

⁷⁹ Siehe Merkblatt DSB Kundendaten (FN 27). Vgl. dazu auch NEUENSCHWANDER (FN 20), N 26; SCHWANINGER/LATTMANN (FN 20), N 59.

⁸⁰ Der Zürcher Datenschutzbeauftragte begründet diese Unterscheidung damit, dass die betroffene Person im Falle eines besonderen Verhältnisses mit dem Schuldner nicht damit rechnen muss, dass jemand anders Zugriff auf ihre Daten erhält.

⁸¹ Dass der Datenschutzbeauftragte Bankbeziehungen nicht als «heikle Daten» einstuft, zeigt, dass die Schwelle hoch liegt. Unklar ist jedoch, ob mit dem Begriff «heikle Daten» die in § 3 IDG/ZH definierten «besonderen Personendaten» gemeint sind. Diese dürfen ausserdem ohne Einwilligung der betroffenen Person nur dann bekanntgegeben werden, wenn das öffentliche Organ durch eine «hinreichend bestimmte Regelung» in einem «formellen Gesetz» dazu ermächtigt ist (§ 17 Abs. 1 lit. a IDG/ZH). Unseres Erachtens erfüllen die Art. 252 ff. SchKG diese Kriterien nicht, da aus ihnen nicht klar hervorgeht, dass besondere Personendaten bekanntgegeben werden dürfen (vgl. BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Beat Rudin (Hrsg.), Praxiskommentar IDG/ZH, Zürich/Basel 2012, § 17 N 3 m.w.H.).

⁸² Vgl. NEUENSCHWANDER (FN 20), N 27; SCHWANINGER/LATTMANN (FN 20), N 60.

Art. 252 ff. SchKG stützen, da sie für die Verwertung der Aktiven nicht erforderlich ist.⁸³

5. Konkurs des Auftragsbearbeiters als Spezialfall

Sowohl Art. 10a DSG bzw. Art. 8 Abs. 1 E-DSG als auch Art. 28 Abs. 3 DSGVO sehen die Pflicht vor, einen sogenannten Auftragsdatenbearbeitungsvertrag einzugehen, falls ein Verantwortlicher die Dienstleistungen eines Auftragsbearbeiters in Anspruch nimmt (zu den Begriffen vgl. IV.C.1.). Gegenstand eines solchen Vertrags ist – unter anderem –, dass der Auftragsbearbeiter sich verpflichtet, die ihm anvertrauten Personendaten gemäss Weisungen des Verantwortlichen zu bearbeiten.⁸⁴ Im schweizerischen Recht sehen jedoch weder Art. 10a DSG noch Art. 8 E-DSG Regeln für den Fall vor, dass ein Auftragsbearbeiter rechtlich gezwungen wird, Personendaten weisungswidrig zu bearbeiten. Dagegen besagt Art. 28 Abs. 3 lit. a DSGVO, dass eine aufgrund von EU-Recht oder des Rechts eines EWR-Mitgliedstaates notwendige Bearbeitung zulässig ist, wenn sie dem Verantwortlichen vorgängig mitgeteilt wird. Zusammengefasst fehlt es somit sowohl unter schweizerischem als auch unter europäischem Datenschutzrecht an einer gesetzlichen Ermächtigung für den schweizerischen Auftragsbearbeiter, der in Konkurs fällt und nach Massgabe von Art. 197 ff. SchKG rechtlich gezwungen wird, die ihm anvertrauten Personendaten der Konkursmasse bekannt zu geben (vgl. III.C. betreffend den Konkurs eines *Cloud-Providers*). Unseres Erachtens empfiehlt es sich deshalb, diese Frage in Auftragsdatenbearbeitungsverträgen zu regeln. In Anlehnung an die Regelung von Art. 28 Abs. 3 lit. a DSGVO sollte vereinbart werden, dass der Auftragsbearbeiter Personendaten weisungswidrig bearbeiten darf, wenn er dazu nach anwendbarem Recht verpflichtet ist. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass dem Auftragsbearbeiter nicht entgegengehalten werden kann, dass er ohne Weisung des Verantwortlichen Personendaten bearbeitet und somit selbst zu einem Verantwortlichen mutiert.⁸⁵

6. Fazit

Für den Schuldner, die Konkursverwaltung sowie den Erwerber sind die Schranken des Datenschutzes hinsichtlich der Verwertung von Daten im Konkurs eine Herausforderung. Das liegt zunächst daran, dass Personendaten schwierig zu identifizieren sind: Einerseits ist der Begriff unklar und andererseits entwickelt sich die Eigenschaft als Personen- oder Sachdaten mit der Zeit (vgl. II.C.). Zudem kommt die Anwendung von drei verschiedenen Regelwerken in Frage (vgl. IV.C.2.). Vorsicht ist insbesondere geboten, wenn die Bestimmungen der DSGVO massgebend sind. Diese sind regelmässig strenger als diejenigen des Bundes oder der Kantone. Zudem weist die DSGVO einen konzeptuellen Fehler auf: Während sie unter Umständen auch für Datenbearbeiter ausserhalb des EWR gilt, anerkennt sie die Pflichten nicht, welchen diese Datenbearbeiter gemäss ihren Rechtsordnungen unterstehen (vgl. IV.C.3.). Deswegen geraten die Datenbearbeiter in ein Dilemma: Wenn sie sich an die Bestimmungen ihrer Rechtsordnung halten wollen, müssen sie gegen die DSGVO verstossen. Eine solche Diskriminierung ist nicht gerechtfertigt. Es bleibt zu hoffen, dass der europäische Gesetzgeber diesen Mangel beheben wird. Bei der Anwendung von schweizerischem Datenschutzrecht ermöglichen Art. 252 ff. SchKG einen liberalen Ansatz: Da die Verwertung von Daten durch Gesetz vorgesehen ist, ist die daraus folgende Datenbearbeitung grundsätzlich erlaubt (vgl. IV.C.3. und IV.C.4.). Nichtsdestotrotz ist die Stellung des Erwerbers solcher Daten prekär. Einerseits ist die Bearbeitung nach der Verwertung mit einem Informationsaufwand verbunden (IV.C.3.c.). Andererseits ist sie *de facto* regelmässig nur mit passiver oder aktiver Zustimmung der betroffenen Personen zulässig, d.h., wenn diese ihr Widerspruchsrecht nicht ausüben bzw. ihre Einwilligung zur Bearbeitung geben und nicht widerrufen (vgl. IV.C.3.d.).⁸⁶ Trotz rechtmässiger Verwertung kann es somit vorkommen, dass der Erwerber die erworbenen Daten nicht nutzen kann. Aus diesem Grund könnten potentielle Erwerber von Daten Vorbehalte haben.

⁸³ Vgl. dazu Merkblatt des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich vom Oktober 2017 «Computerverkauf durch ein Konkursamt», Internet: https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/gemeinden/betriebungen/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/computerverkauf_durc.spooler.download.1509525853864.pdf/Computerverkauf_durch_Konkursamt.pdf (Abruf 1.1.2019), wonach Mitarbeiterdaten vor der Verwertung von Geschäftscomputern zu löschen sind.

⁸⁴ Vgl. FUCHS (FN 16), N 14; ROSENTHAL (FN 39), N 8; SCHWANINGER/LATTMANN (FN 20), N 12.

⁸⁵ Vgl. ROSENTHAL (FN 39), N 49.

⁸⁶ Vgl. betreffend die ähnliche Situation im Falle der Nutzung von Personendaten als Entgelt gegen eine Dienstleistung WEBER/HENSELER (FN 4), 335 f.

V. Zusammenfassung und Stellungnahme zu aktuellen Revisionsbestrebungen

A. Zusammenfassung

Der vorliegende Aufsatz handelt vom aktuellen und kontrovers diskutierten Problem der konkursrechtlichen Erfassung von Daten. Der Artikel beginnt mit der Frage, ob Vertragsforderungen an Daten im Konkurs durchgesetzt werden können (III.). Für die Beantwortung dieser Frage ist massgebend, ob Daten als «digitale Sachen» qualifiziert werden können. In Anlehnung an die herrschende Lehre wird diese Ansicht verneint (III.A.). Dabei wird jedoch dargelegt, dass die auf Sachen zugeschnittenen Regeln zuweilen analog auf Daten anzuwenden sind, weil das unmittelbar auf Daten anwendbare Gesetzesrecht oft lückenhaft ist. Der Aufsatz geht sodann auf zwei praktisch bedeutende Anwendungsfälle ein:

- Bei Kaufforderungen spielt es im Konkurs keine bedeutende Rolle, ob eine Sache oder Daten Kaufgegenstand sind (III.B.). Die Forderung wird unter Vorbehalt eines Eintritts der Konkursmasse in den Vertrag (Art. 211 Abs. 2 SchKG) in eine auf Geld lautende Konkursforderung (Art. 211 Abs. 1 SchKG) umgewandelt, die Anlass zu einer Konkursdividende geben kann.
- Weniger eindeutig ist jedoch die konkursrechtliche Erfassung von Forderungen auf Rückgabe von Daten, die auf den Servern eines *Cloud-Providers* gespeichert sind (III.C.). Entgegen einem Teil der Lehre wird hier die Meinung vertreten, dass solche Forderungen bereits *de lege lata* einen konkursfesten Herausgabeanspruch begründen. Diese Ansicht wird mit einer Analogie zu Normen gestützt, die eine ähnliche Situation in Bezug auf Sachen regeln.

Danach bespricht der Artikel das Problem der Verwertung von Daten im Konkurs. Es wird zunächst dargelegt, dass Daten grundsätzlich verwertet werden müssen, wenn sie einen Wert aufweisen (IV.A.). Es können indes Verwertungsschranken bestehen. Problematisch ist, dass die Verwertung von Daten nicht die gültige Übertragung eines Rechts impliziert, sondern mit der faktischen Verschaffung des Zugangs zu einer Information vollzogen wird (IV.B.).

Verwertungsschranken finden sich namentlich im Datenschutzrecht (IV.C.). Sie können im Rahmen von drei verschiedenen Bearbeitungen zum Tragen kommen: der Datenübergabe des Schuldners an die Konkursverwaltung, der Verwertung durch die Konkursverwaltung so-

wie der anschliessenden Bearbeitung durch den Erwerber. Auf die Bearbeitung durch die Konkursverwaltung finden kantonale Datenschutzerlasse Anwendung, im Übrigen sind das DSG und gegebenenfalls die DSGVO anwendbar (IV.C.2.).

Die Verwertung von Personendaten in Anwendung von schweizerischen Datenschutzbestimmungen ist im Grundsatz möglich, da das SchKG als Rechtfertigung für eine eventuelle Persönlichkeitsverletzung dient (IV.C.3.a.). Hingegen bildet das SchKG (als schweizerisches Recht) unter der DSGVO – im Gegensatz zum EU-Recht oder zum Recht der EWR-Mitgliedstaaten – generell keine Grundlage, auf welche sich Datenbearbeiter berufen können. Daraus ergibt sich ein nicht befriedigendes Resultat, da schweizerische Datenbearbeiter gegebenenfalls gegen die DSGVO verstossen, wenn sie gemäss ihren Pflichten nach schweizerischem Recht handeln wollen (IV.C.3.).

Problematisch ist schliesslich, dass der Erwerber von Personendaten die im Konkurs (rechtmässig) erworbenen Daten unter Umständen nicht benutzen darf (IV.C.3.a. und IV.C.3.d.)

B. Stellungnahme zu Revisionsbestrebungen

Wie einleitend ausgeführt, ist die diesem Aufsatz zugrundeliegende Frage der konkursrechtlichen Erfassung von Daten Gegenstand von Revisionsbestrebungen, zu denen nachfolgend Stellung genommen wird.

Anno 2017 reichte der Parlamentarier Marcel Dobler die Initiative «*Daten sind das höchste Gut privater Unternehmen. Datenherausgabe beim Konkurs von Providern regeln*» ein.⁸⁷ Die Initiative schlägt folgende Ergänzung des Art. 242 SchKG vor: «*Die Konkursverwaltung trifft eine Verfügung über die Herausgabe von nichtkörperlichen Vermögenswerten, welche von einem Dritten beansprucht werden. Die Herausgabe setzt voraus, dass die nichtkörperlichen Vermögenswerte separiert werden können und der Antragsteller glaubhaft machen kann, dass diese dem Schuldner nur anvertraut sind. Die anfallenden Kosten sind vom Antragssteller zu tragen.*»⁸⁸ Materiell ist diesem Vorschlag zuzustimmen. Er bringt zum Ausdruck, dass Daten, die einem Vertragspartner bloss zur Speicherung (ohne Ermächtigung zur Drittveräusserung) übergeben werden, Gegenstand eines konkursfesten Herausgabeanspruchs sein müssen. Dies entspricht nach un-

⁸⁷ Initiative Marcel Dobler, AB 2017 N 410.

⁸⁸ Initiative Marcel Dobler, AB 2017 N 410.

serem Dafürhalten schon der heutigen Rechtslage (vgl. eingehend bei III.B.). Eine ausdrückliche Regelung würde jedoch Rechtssicherheit schaffen. Der Vorschlag ist dahingehend zu ergänzen, dass anvertraute, aussonderbare Daten nicht verwertet werden dürfen (IV.B.). Diese Präzisierung mag vielleicht offensichtlich sein. Aufgrund des nicht rivalisierenden Charakters von Daten könnten Daten jedoch parallel verwertet und ausgesondert werden.

Der Text gemäss Art. 242b Abs. 1 E-SchKG geht weiter als die Initiative: *«Befinden sich Daten in der Verfügungsmacht der Konkursmasse, kann jeder Dritte, der eine gesetzliche oder vertragliche Berechtigung an den Daten nachweist, den Zugang zu diesen Daten verlangen.»* Unseres Erachtens verkennt der Änderungsvorschlag den Umstand, dass Rechte an Daten nur dann einen konkursfesten Herausgabeanspruch begründen sollten, wenn der Konkursgläubiger (z.B. im Fall eines *Cloud-Vertrags*) die Daten an den Schuldner ohne Ermächtigung zur Drittveräußerung anvertraut hat. Ist dies nicht der Fall, z.B. weil sich der vertragliche Anspruch auf Übertragung der Daten auf einen noch nicht erfüllten Kaufvertrag stützt, sollte der Konkursgläubiger seine Forderung nur als Konkursforderung anmelden können (vgl. III.B.). In diesem Fall sollte der Konkursmasse lediglich das Recht zustehen, in den Vertrag nach Art. 211 Abs. 2 SchKG einzutreten und die Daten gegen Erbringung einer allenfalls noch ausstehenden Gegenleistung zu übermitteln. Bedenken wecken ferner die folgenden Ausführungen in der Botschaft: *«Der Anspruch muss ausserdem auch fällig sein; schliesslich ist die Konkursmasse berechtigt, sich bei gegebenen Voraussetzungen auf Artikel 82 OR zu berufen und die Leistung vorläufig zu verweigern.»*⁸⁹ Nach Art. 208 SchKG bewirkt nämlich die Konkurseröffnung die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Schuldners. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund es sich bei Forderungen auf Zugang zu Daten anders verhalten sollte.

Unseres Erachtens ist schliesslich der Abs. 4 von Art. 242b E-SchKG (*«Vorbehalten bleibt das Auskunftsrecht nach den Datenschutzbestimmungen des Bundes oder der Kantone»*) etwas irreführend. Das Ziel der Gesetzesanpassung sollte sich darauf beschränken, den Herausgabeanspruch auf Daten im Konkurs zu regeln. Dies hat mit der Ausübung von Betroffenenrechten gemäss Da-

tenschutzrecht grundsätzlich nichts zu tun. Als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts ist der Datenschutz ein absolutes Recht, das gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann. Der Hinweis auf das Auskunftsrecht in Abs. 4 ist daher unseres Erachtens nicht erforderlich und schafft Unklarheit: Es könnte sich dann etwa die Frage stellen, ob die in dieser Bestimmung nicht erwähnten Betroffenenrechte – z.B. das Widerspruchsrecht, das Recht auf Berichtigung, das Recht auf Vergessenwerden usw. – im Konkurs ausgeschlossen sind.⁹⁰ Dies würde eine (nicht erwünschte) Verschlechterung des Datenschutzes bedeuten.

⁸⁹ Vgl. die Ausführungen zu Art. 242b E-SchKG in der Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (zit. Botschaft Entwicklung der Technik) (Text im Vorabdruck, bevorstehende Publikation im Bundesblatt), Internet: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/59301.pdf> (Abruf 27.11.2019).

⁹⁰ Die Botschaft Entwicklung der Technik (FN 89) betont jedoch, dass der neue Anspruch auf Datenzugang allfällige, bereits nach geltendem Recht bestehende Rechte nicht einschränken oder aufheben soll.